Luis Aquiles Mejía Arnal
Profesor de Derecho Procesal UCV-UCAB
Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal

Comentarios a las *disposiciones fundamentales* del *Código de Procedimiento Civil*



Caracas-Venezuela - 2009

Título original: *Comentarios a las Disposiciones Fundamentales del Código de Procedimiento Civil*

ISBN:
Depósito Legal:

Impreso en Editorial Melvin C.A. (Caracas)
Impreso en Venezuela (Printed in Venezuela)

INTRODUCCIÓN

El estudio que titulamos "Comentarios a las disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil", no se limita a la glosa de esas disposiciones; se relacionan éstas con el resto de las reglas de ese cuerpo legal y con los conceptos generales del Derecho Procesal Civil, bajo la orientación general de la Constitución.

Además, se desarrollan las reglas que contienen principios del proceso y del procedimiento, comentando su contenido en relación con el sistema procesal civil. En algunos casos, estos principios no están explicitados en las reglas legales y es necesario realizar la labor de abstracción de éstos del conjunto de reglas sometidas a análisis.

El método utilizado en estas tareas, consistió en la investigación documental y en la crítica de las diferentes fuentes doctrinales y jurisprudenciales, para lo cual constituyó herramienta fundamental el manejo de los medios informáticos al alcance del estudioso actual.

1. Los principios procesales

1.1. Principios generales del derecho

En primer término, es necesario determinar el sentido en que se usa el término "principios". Se puede esquematizar la cuestión confrontando el significado de estos principios en el *iusnaturalismo* y en el *positivismo*.

Para el *iusnaturalismo*, el derecho comprende dos tipos de preceptos, los principios del derecho natural y las normas de derecho positivo. Conforman el derecho natural un conjunto de principios derivados de la naturaleza, inmutables y con validez universal, es decir, en cualquier

lugar y época, en tanto que el derecho positivo está constituido por normas establecidas por la voluntad, que rigen en un determinado espacio y tiempo. "*Los principios de derecho natural son superiores al derecho positivo y constituyen su límite y fundamento*". (Tosta 2003, 75)

En consecuencia, para el iusnaturalista, los principios son máximas derivadas de la razón natural, de la naturaleza de las cosas, se entienden dotados de un valor apriorístico respecto de la regulación jurídica positiva. Los principios determinan el contenido de las normas positivas. (Montero et al 2000, I, 312)

Entre las características comunes a las diferentes tendencias positivistas, se incluye la concepción de que el Derecho, "como objeto de estudio está compuesto sólo de normas positivas" (Tosta 2003, 132). Bajo esta tendencia, no necesariamente pierde valor el estudio de los principios, éstos se forjan como ideas generales que proceden de la ley, es decir, abstracciones formadas a partir de un sistema legal concreto.

> *"La cuestión ontológica acerca de si el derecho posee un ser último distinto de esas normas y sistemas o, incluso, de cuál sea la esencia última de tales normas y sistemas se deja entre paréntesis, para pasar a examinar las normas y sistemas en cuanto realidades dadas y efectivamente operativas."* (García Amado 1994, 109 y ss)

En una fase posterior, los principios se hacen explícitos mediante su consagración en reglas legales, y por último, los recoge el texto constitucional, pasando a regir la totalidad del ordenamiento jurídico del Estado; son el norte que permite interpretar las leyes conforme a la justicia, pues la Constitución determina lo que es justo o injusto aquí y ahora: *"Una interpretación conforme a la Constitución debe tener como norte los principios y postulados constitucionales como fórmula garantizadora del sistema político y del Estado de Derecho".* (Scon 24-3204, exp. 04-0061, dec. 449)

Dentro del sistema de la supremacía de la Constitución, se afirma en estos comentarios, que el derecho se forma a partir de un marco legal, integrado bajo las reglas constitucionales, e interpretado con auxilio de los principios generales; pero el derecho no es sólo la ley, lo completan la jurisprudencia, la doctrina y las máximas de experiencia: la premisa

mayor de la decisión judicial la construye el Juez con ayuda de estos elementos, para buscar una solución que sea "*no sólo conforme con la ley, sino también equitativa, razonable y aceptable*". (Atienza, 1997, 84)

1.2. Proceso y procedimiento

La ya tradicional distinción entre principios del proceso y principios del procedimiento, parte de la distinción entre proceso y procedimiento. Para Montero, el procedimiento es el aspecto exterior de la actividad jurisdiccional, la forma que han de adoptar los actos procesales; el proceso es la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan.

"*El paso dado por los procesalistas consistió en percatarse de que limitándose a describir las distintas formas procedimentales, reduciéndose a la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, no se estaba haciendo ciencia, que lo importante era darse cuenta de la calidad jurídica de lo que hacían las partes y el juez, de que era preciso hallar un sistema que abarcara la variedad de formas. Surgió así la noción de proceso; en éste lo importante no era ya la forma.*" (Montero Aroca et al 2000, I, 290)

En la concepción actual, por proceso se entiende el *debido proceso legal,* es decir aquél conjunto de actuaciones judiciales de las partes y del Juez natural, con la observancia de las garantías de notificación con suficiente anticipación para preparar la defensa, de alegación y de prueba, y en general sujeto a las prescripciones constitucionales.

1.3. Principios del proceso y principios del procedimiento

Los principios del proceso se refieren a las relaciones de las partes entre sí y las de éstas con el oficio judicial, en tanto que los principios del procedimiento determinan las formas que adopta una determinada legislación para el desarrollo del proceso.

En relación con los principios del proceso, aun cabe distinguir los principios que rigen todos los procesos, de aquellos que son característicos de un proceso determinado. "*Hay algunos principios que son consus-*

tanciales con la idea misma de proceso, hasta el extremo de que si alguno de ellos se desvirtúa, en una regulación concreta de derecho positivo, esa regulación no da lugar realmente a un proceso. Otros principios, por el contrario, son reglas conformadoras de los procesos en concreto, de modo que la opción por una u otra no atiende a la misma esencia del proceso sino a la manera de desarrollarlo en un determinado derecho positivo." (MONTERO AROCA ET AL 2000, I, 316)

1.4. Afirmación constitucional de algunos principios

La Constitución vigente recoge algunos principios procesales, otorgándoles carácter obligatorio, para la producción de las nuevas leyes y para la interpretación y aplicación de las leyes preexistentes al texto constitucional.

El principio de legalidad, definido entre otras disposiciones en el artículo 137 CRBV.

El derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, regido por el artículo 26 CRBV, también funciona como principio rector, y además regula los principios de gratuidad, imparcialidad, responsabilidad y prohibición de formalismos; entre otros.

Los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, brevedad, oralidad y publicidad están expresados en el artículo 257 CRBV.

El artículo 49 CRBV contiene las diferentes regulaciones del debido proceso legal, entre otros el derecho a la defensa y a la asistencia jurídica en todo estado y grado del proceso que comprende el derecho a la notificación, a acceder a las pruebas, y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer la defensa; el derecho al recurso; el derecho a ser oído por el juez natural; el principio de legalidad de la pena; y la cosa juzgada; además de la presunción de inocencia, la garantía contra las confesiones compulsivas y el principio de responsabilidad del Estado y de los jueces por los errores, retardos u omisiones judiciales.

1.5. Principios del proceso

Con arreglo a la diferencia antes establecida entre proceso y procedimiento, los principios del proceso serían aquellas reglas de carácter

general que se abstraen de un ordenamiento, o están expresadas en éste, que rigen las conductas de las partes y de los jueces en sus relaciones entre sí; las obligaciones y cargas que soportan; los derechos y garantías que los protegen; y las finalidades que se persiguen con las actuaciones.

Hay algunos principios que son consustanciales con la idea misma de proceso, al punto de que una regulación concreta que no los acate no constituiría realmente un proceso; por el contrario, otros principios son reglas que conforman un proceso en concreto; se refieren a la manera de desarrollarlo en un determinado ordenamiento positivo (Montero et al 2000, I, 316).

Estos últimos podrían confundirse con los principios del procedimiento. Se diferencian en que no constituyen sólo formas, porque fijan el desarrollo general del proceso en un sistema determinado. Tal es el caso del principio de que las partes están a derecho, característico del proceso venezolano. Rige un sistema en concreto, pero es posible y hasta probable que bajo formas diferentes, por ejemplo en un proceso oral, se conserven. Así por ejemplo, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo venezolana establece un procedimiento mixto, con preponderancia de la oralidad, pero conserva el principio de que nace la carga de realizar las actuaciones del proceso, para el demandante con la presentación del libelo y para el demandado con la citación, sin que se realicen otras notificaciones, salvo que la ley lo establezca o el proceso se detenga.

Son principios comunes a todos los procesos, la necesidad de una dualidad de posiciones, el principio de contradicción, el principio de igualdad de las partes, el principio de protección del derecho a la defensa, el principio dispositivo, principio de moralidad y probidad, y el principio de responsabilidad del juez y de los funcionarios judiciales.

Son principios atinentes a determinados procesos, los de mediación o inmediación, concentración o fraccionamiento, valoración de las pruebas por la sana crítica o conforme a reglas de valoración, publicidad real o publicidad formal, porque se refieren, o se aplican en mayor o menor grado, a determinadas clases de procedimiento.

En los procedimientos orales, tienen generalmente vigencia los principios de inmediación, concentración y probablemente valoración de las

pruebas conforme a la sana crítica; los procesos escritos se caracterizan por la mediación, el fraccionamiento, y en muchos casos, por la valoración de algunas pruebas conforme a tarifas legales.

La escritura y la oralidad son formas de realizar los actos procesales, pero los principios referidos que son su consecuencia, no son sólo estructurales, porque determinan el modo como se relacionan las partes y el oficio en el curso del proceso.

Especial desarrollo en el estudio realizado tiene el principio de que las partes están a derecho. Los jueces y abogados venezolanos están acostumbrados al litigio bajo este principio, y a la vista, a éstos les parece complicado el sistema de los sucesivos traslados de las actuaciones, característico de los otros sistemas judiciales, por lo cual a partir de su introducción en el sistema procesal venezolano, se ha mantenido invariable en el tiempo.

1.6. Principios del procedimiento

Los principios del procedimiento son los lineamientos generales que sigue un determinado ordenamiento para realizar las actuaciones; Rengel explica que el estudio de la estructura del proceso consiste en determinar cómo es el proceso, cómo está hecho el proceso:

> *"Se deben a la ciencia alemana ciertas diferenciaciones dogmáticas, que han logrado, mediante un proceso de generalización, aislar ciertos rasgos de las estructuras procesales que se presentan con constancia y uniformidad en determinados sistemas para convertirlos en «principios rectores» del procedimiento y diferenciar así por su estructura un sistema de otro,*
> *Los principios de «oralidad» y «escritura»; la «mediación» o «inmediación»; «concentración» o «fraccionamiento», y otros semejantes, que sirven para distinguir por su estructura un proceso de otro."* (RENGEL 1991, I, 131)

En realidad, y como ejemplo, la inmediación no determina la estructura del proceso, es consecuencia de la estructura; constituye el modo de relacionarse el Juez con las partes y una posición respecto a la práctica de las pruebas, por tanto se trata de un principio relativo a ciertos proce-

sos. Sin embargo, se acostumbra a estudiarlo junto con la oralidad, por ser consecuencia de ésta.

Son principios del procedimiento, el principio de legalidad de las formas, o de libertad de formas, según el caso; y la oralidad o escritura, con sus variantes, pues la tendencia actual a la oralidad no excluye la aceptación de actuaciones escritas.

Si bien existen procedimientos estrictamente escritos, como lo es el civil venezolano, en el cual los actos que por su naturaleza son orales, se protocolizan y son apreciados por el Juez mediante la lectura del documento, tal es el caso de la declaración de testigos.

Por el contrario, es difícil aceptar un proceso absolutamente verbal, pues algunas actuaciones se realizarán por escrito; al menos la sentencia deberá ser expresada mediante escritura.

> *"Respecto de la formulación-proposición de la demanda judicial, y, por consiguiente, también respecto de la formulación de los elementos esenciales-constitutivos de la misma (petitum y, por consiguiente, conclusiones; causa petendi y, por consiguiente, alegaciones de los hechos constitutivos del derecho o del contraderecho hecho valer en juicio), la forma escrita no pueda dejar de contribuir a la precisión, a la seriedad, a la "puntualización" de la demanda misma.*
> *Con respecto a las argumentaciones jurídicas: interpretación de normas, de los negocios, de los documentos, sin negar en algún caso la oportunidad del debate oral, normalmente es mucho más seria y mucho más útil la elaboración escrita, que permite a la parte, a su defensor y al juez mismo, una más serena y meditada elaboración."* (Cappelletti 1972, 87-88)

En la actualidad, la discusión sobre la oralidad recae en la instauración de un proceso concentrado y por audiencias públicas, con inmediación del Juez a las alegaciones y las pruebas, y una resolución inmediata a la audiencia de pruebas; para sustituir un proceso escrito, fraccionado en etapas sucesivas con una estricta preclusión de actuaciones; en el cual el Juez tiene un mínimo contacto con las partes, no presencia la práctica de las pruebas y está atado en su valoración a ciertas reglas legales.

1.7. Función de los principios procesales

Tal como lo resaltan Montero et al (2000, I, 313) las repercusiones prácticas del estudio de los principios pueden manifestarse en diversos campos: 1) Como elemento auxiliar de la interpretación; 2) Como elemento integrador de la analogía, para los supuestos de laguna legal; 3) Como marco teórico para las discusiones *de lege ferenda*.

El último de los aspectos, la discusión de una probable reforma procesal, pone de relieve la pertinencia del estudio de las disposiciones fundamentales de un Código que se sospecha agonizante. Conviene precisar los principios que informan el sistema, como punto de partida para los argumentos de las normas por venir, en las cuales, conforme a la orden constitucional de oralidad en los procesos, tendrán preponderancia las formas verbales, al menos en el sistema probatorio.

2. Los conceptos fundamentales del derecho procesal

La relación que se hace en el desarrollo de este trabajo, entre las disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil y los conceptos fundamentales del derecho procesal, conduce a establecer en qué sentido se considera que los conceptos de acción, jurisdicción y proceso, constituyen el fundamento de esta ciencia, arte, o prudencia, cuestión que tendrá diferente respuesta de acuerdo con el enfoque sobre la naturaleza del Derecho que se destaque.

Reseña Montero Aroca (Montero et al, 2000, I, 13 y ss) las diferentes etapas en el desarrollo de los estudios acerca del procedimiento y el proceso, con el inicio en los prácticos forenses y la subsiguiente etapa procedimentalista, que se caracterizaron por la descripción de las formas legales, utilizando para ello el método de la exégesis o comentario.

Al respecto, comenta Rengel Romberg (1991, I, 6) que no tuvieron los prácticos la preocupación científica de penetrar los "nexos ocultos del proceso", y toda la teoría del procedimiento se elaboró con los esquemas conceptuales del Derecho Civil, tan en boga en aquella época por el renacimiento de los estudios romanistas. La mera exégesis de las nor-

mas y reglas de procedimiento constituyó por varios siglos el método de estudio y de enseñanza de esta materia, y se llamó "Escuela exegética" a la que hizo suya la exposición descriptiva de las reglas de procedimiento y enumera entre los procedimentalistas venezolanos a Sanojo, Feo, Borjas, Marcano Rodríguez, Pineda León y Brice.

2.1. Jurisprudencia de conceptos

En Francia, por efecto de la codificación, los estudios jurídicos se ciñeron al comentario de los textos legales; en Alemania, libres de esa influencia, los autores pudieron plantearse desde la raiz los problemas que la realidad del proceso suscita, sin quedarse en las formas del procedimiento: *"si un tratamiento del contrato que no tuviera en cuenta su naturaleza de negocio jurídico, no sería científicamente admisible, un tratamiento del proceso, reducido a la descripción del desarrollo temporal de los distintos procedimientos, tampoco era admisible"* (Montero et al 2000, I, 20-21).

En este contexto, nace la "jurisprudencia de conceptos", que durante el siglo XIX buscó desentrañar la unidad lógico formal del Derecho mediante la creación de un sistema conceptual, que fue concebido en forma piramidal.

> *"El sistema jurídico es concebido como una pirámide. Para obtener el conocimiento sistemático es necesario poder recorrer tal pirámide, comprendiendo con ello la procedencia de cada concepto. Así, por ejemplo, el concepto de servidumbre de paso es comprensible sólo si se comprende el concepto de derecho subjetivo y, dentro de los derechos subjetivos, sólo si se comprende el concepto de derecho sobre una cosa o derecho real, y, dentro de los derechos reales, sólo si comprende el concepto de derecho real de goce...Puchta...llegó a admitir la posibilidad de obtener máximas jurídicas de los conceptos (también Windscheid).*
> *[…]*
> *El ideal científico de la Ciencia Jurídica de este período fue la elaboración de un sistema conceptual y la construcción de los conceptos jurídicos generales, gracias a los cuales sería posible la reducción a sistema del conjunto de las normas del ordenamiento.* (Pérez 1981, 18-20)

Dentro de este sistema fue imperioso para el inicio y desarrollo de la ciencia procesal, dilucidar la naturaleza y las características de los conceptos fundamentales del proceso. Se entiende como acta de nacimiento del derecho procesal la polémica entre Bernhard Windscheid y Theodor Muther sobre la naturaleza de la *actio* romana. *"Las formulaciones de estos autores marcaron un cambio en la historia del pensamiento jurídico, creando para romanistas, civilistas y procesalistas el problema de la actio o de la acción y proporcionando el punto de partida de doctrinas que todavía hoy se procesan en este campo*". (PUGLIESE 1974, XI)

A partir de la polémica Windscheid-Muther se sucedieron las discusiones sobre la acción, la jurisdicción y el proceso, como conceptos fundamentales, cuya principal preocupación fue determinar su naturaleza, a fin de encontrar su ubicación en la pirámide de conceptos en que se estructuró la denominada "Ciencia del Derecho"; discusión aún no concluida y en ocasiones infructuosa, al punto de que Alcalá Zamora denominó a esta trilogía esencial de conceptos un "*trípode desvencijado*", a causa de no haber todavía alcanzado ninguno de ellos, elaboración definitiva y convincente: "*jugando con los verbos ser y estar, podríamos afirmar que del proceso sabemos donde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etc.); de la jurisdicción sabemos lo que es, pero no donde está (si en el derecho procesal o en el constitucional…), y de la acción no sabemos ni lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) ni donde está (si en el campo del derecho material o en el del procesal).*" (ALCALÁ ZAMORA 1974, I, 323)

La jurisprudencia de conceptos manejaba los conceptos generales como entidades independientes que existían por sí mismas, como cuerpos jurídicos con forma definida, análogos a los cuerpos naturales. Cada concepto tenía que ser determinado exactamente en cuanto a su estructura.

> *"Esto daba lugar a problemas sobre cuál fuese la estructura de un concepto, por ejemplo, en la co-propiedad, qué es lo que está dividido, la cosa misma, el derecho, o el valor; ¿es la obligatio correalis una pluralidad de obligaciones con contenido idéntico, o es una sola obligación con varios sujetos? El resultado de tales indagaciones debía ser expresado*

en una fórmula, en una definición, que explicase el concepto hallado. Ahora bien, una vez que se había obtenido el resultado, es decir, este concepto, entonces era necesario adherirse firmemente a la definición establecida, y utilizarla como base para establecer nuevas reglas, esto es, para fallar nuevos casos, los cuales no habían sido tomados ni remotamente en consideración cuando se definió aquel concepto. El jurista debía tratar muy en serio la autonomía de los conceptos; y debía dar efecto inexorablemente a las consecuencias que se extrajesen de ellos por lógica deductiva. La totalidad de los conceptos establecidos de tal manera constituía lo que se llamaba "el sistema del orden jurídico", el cual era considerado como fuente inagotable de nuevas normas." (RECASENS 1973, 61)

2.2. Corrientes formadas en el marco del Positivismo

El positivismo, en general, se caracteriza especialmente por aspirar a desterrar de la Ciencia, toda *metafísica*. Quedan fuera de la ciencia las cuestiones acerca del sentido de la existencia, acerca de "valores" o "validez"; restringe la ciencia estrictamente a los "hechos" y a su legalidad empíricamente observable. (Larenz 1994, 57)

El positivista no excluye la afirmación, para su persona, de determinados valores y postulados éticos, pero los remite al ámbito de la creencia personal y de la convicción moral del individuo, sobre lo cual, en su opinión, no es posible un enunciado científico. No niega, por ejemplo, que el postulado de justicia tenga validez para la conciencia moral del individuo; pero opina que no es accesible al conocimiento científico y que, por tanto, no es un posible principio de una Ciencia positiva del Derecho. (Idem)

La influencia del positivismo se extendió a diversas escuelas del pensamiento jurídico, a veces enfrentadas en concepciones particulares, respecto a las cuales es a veces difícil encontrar las conjunciones de ideas. Para María Luisa Tosta, las características que constituyen el denominador común del positivismo jurídico pueden reducirse a dos:

"1) El Derecho, como objeto de estudio, está compuesto sólo de normas positivas, normas que han sido establecidas, en algún lugar y en algún

momento determinados, cuya validez es relativa a ese tiempo y a ese espacio.
2) La fundamentación o legitimación de esas normas positivas se acepta como un supuesto que no es tema de discusión para el teórico del Derecho. Se parte del axioma que establece la obligación de obedecer el derecho positivo." (TOSTA 2003, 132)

Dentro de la influencia del positivismo, examinaremos brevemente dos corrientes del pensamiento jurídico que tienen gran influencia en la interpretación y aplicación del derecho.

2.2.1. Jurisprudencia de intereses

Una de las posiciones que sobrevino al conceptualismo fue la denominada "jurisprudencia de intereses", cuyo lenguaje mantiene gran influencia en las decisiones judiciales. Para los cultores de esta corriente toda disposición normativa se origina en un conflicto de intereses y representa el resultado de fuerzas opuestas, o sea, las normas jurídicas regulan conflictos de intereses y están dirigidas a la solución de los mismos. "*Del mismo modo que las disposiciones normativas se encuentran basadas en una evaluación de intereses, el juez puede formular nuevas reglas mediante el análisis de los intereses envueltos en una nueva situación no prevista por el legislador*". (PÉREZ 1981, 60)

La averiguación de los intereses inmiscuidos en la formación de la ley, determinará en cierta medida la decisión judicial, al aplicar estos intereses para la resolución de los conflictos, siempre que la norma no sea clara y requiera la interpretación, o su integración con otras reglas legales, como paso previo a la aplicación.

No sólo se consideró aplicable el estudio del interés implicado en el origen de la norma, o mejor, el interés protegido, para colmar las "lagunas" del ordenamiento jurídico, sino también como guía para la interpretación *stricto sensu,* e incluso para la corrección de normas mal formuladas. Esta escuela, sin embargo, no negó "*la importancia, utilidad y necesidad del uso de los conceptos en la enseñanza del Derecho; ello debido a que tal uso responde a un interés de ordenada sistematización nece-*

saria en la exposición académica y a un interés de presentación inteligible; del mismo modo, el correcto uso de los conceptos conduce a la economía de expresión para la explicación de las reglas jurídicas. (Pérez 1981, 68)

2.2.2. Teoría pura del Derecho

La teoría pura del derecho, desarrollada por Hans Kelsen, trata de la peculiaridad lógica y de la independencia metódica de la Ciencia del Derecho. Kelsen renuncia a valorar el Derecho positivo. Como ciencia no se considera obligada a ninguna otra cosa que a aprehender el Derecho positivo en su esencia y a comprenderlo mediante un análisis de su estructura. Por ello es positivismo jurídico; es más: es "precisamente la Teoría del positivismo jurídico". (Larenz 1994, 94)

Al sacar al Derecho de la niebla metafísica en que la doctrina del Derecho natural envolvió este Derecho, como algo santo por su origen o por su idea, la Teoría pura del Derecho quiere aprehenderlo, con todo realismo, como una técnica social específica, una específica "Lógica de normas".

El contenido de las normas jurídicas no está, para ella, predeterminado en modo alguno por la razón, la ley moral o una teleología inmanente, sino que es arbitrario; no vale porque tiene un contenido determinado, sino porque ha sido creada de un modo determinado, legitimado, en último término, por una norma fundamental presupuesta.

Todo contenido arbitrario puede ser Derecho. No existe una conducta humana que como tal, en virtud de su contenido, estuviera excluida de ser contenido de una norma jurídica. Pero entonces, si es que es realmente una ciencia, sólo puede ser, según el concepto positivista de ciencia, una doctrina de las "formas puras" del Derecho. (Larenz 1994, 94-95)

Dentro de esta influyente tendencia, la autonomía de lo jurídico no puede consistir más que en la peculiaridad de conceptos empíricos *a posteriori*, nunca en la peculiaridad de una categoría *a priori*, constitutiva de no sé qué realidad distinta e independiente. (Legaz 1957, 30)

Es decir, que los conceptos jurídicos, entre ellos los que nos ocupan, acción, jurisdicción y proceso, se abstraen de la ley, no determinan el contenido de ésta, ni de la decisión judicial.

El ordenamiento jurídico se concibe como una pirámide, cuya cúspide es la norma fundamental. La norma de rango superior se aplica para producir una norma de rango inferior conforme a aquella. Por esto, la aplicación del Derecho es a la vez producción de Derecho.

Al aplicar la Constitución se producen las normas jurídicas generales por medio de la legislación y la costumbre; y, al aplicar estas normas generales, se producen las normas individuales por medio de resoluciones judiciales y decisiones administrativas. El escalonamiento termina en la ejecución del acto coactivo estatuido por estas normas individuales. La norma de rango superior sólo puede determinar el órgano que debe producir la norma de rango inferior y el procedimiento observable al efecto; además de ello, puede también determinar el contenido de la norma inferior y por cierto de un modo más o menos completo.

La función de la sentencia judicial no es, por tanto, sólo declaratoria, sino constitutiva. Es un acto de producción de Derecho, lo mismo que la ley, sólo que en el escalón de individualización o concretización de la norma general. (LARENZ 1994, 100)

> *"Según KELSEN, dentro de cada eslabón del orden jurídico –de su pirámide–, hay pleno decisionismo, en el sentido que en el mismo explica con estas palabras: «la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, es decir, dejado a la libre discrecionalidad del órgano llamado a efectuar el acto, como si el derecho positivo mismo delegara en ciertas normas metajurídicas». Éstas «de ese modo se transforman en normas jurídicas»."* (VALLET 1994, I, 23)

La norma de rango superior, para Kelsen, nunca puede determinar completamente y en todas las direcciones el acto mediante el cual es ejecutada. Al órgano llamado a establecer la norma de rango inferior le queda siempre un margen de libre arbitrio; de modo que la norma superior tiene siempre, en relación con el acto de producción de la norma o de ejecución que la aplica, sólo el carácter de un marco que ha de ser llenado por ese acto.

El resultado de una interpretación jurídica sólo puede ser la constatación del marco que representa el Derecho interpretable y, con ello, el conocimiento de varias posibilidades que se dan dentro de ese marco.

Corresponde al que aplica la norma decidirse, mediante un acto de voluntad, por una de esas posibilidades

En este punto Kelsen se enfrenta de nuevo a la Jurisprudencia tradicional. Ésta supone que la ley, aplicada al caso concreto, sólo puede proporcionar siempre una resolución recta: "*Así como no es posible conseguir de la Constitución, por medio de la interpretación, las únicas leyes rectas, tampoco se puede conseguir de la ley, por medio de la interpretación, las únicas sentencias rectas*". (Larenz 1994, 101)

En conclusión, el ordenamiento jurídico sólo aporta al Juez un marco legal dentro del cual se produce la decisión, el completar este marco no es un acto de interpretación de la ley, sino un acto libre de voluntad. En otras palabras, entre las varias posibilidades de decisión que brinda la ley, el Juez elegirá la que considere mejor para la solución de la controversia.

2.3. Tendencias metódicas posteriores

2.3.1. Jurisprudencia de valoración

Con posterioridad a la influencia central del positivismo en el pensamiento jurídico, e incluso contemporáneas a ese predominio, diferentes escuelas se apartan de esa corriente, al considerar que existen criterios objetivos de valoración, más allá del ordenamiento jurídico, que pueden ser empleados para definir qué es lo justo en el caso concreto.

A partir de la afirmación de que la aplicación del derecho se basa en valoraciones, porque el marco legal lo completa el Juez con la ayuda de valoraciones, y que como actividad humana puede estar determinada por puros intereses del que decide, o puede ser el resultado de consideraciones de oportunidad o de justicia, se abre la discusión acerca del fundamento de las decisiones valorativas: conducirán a un subjetivismo, o existen valores objetivos y un orden objetivo de valores, que son parte de un mundo espiritual que nos es común.

La jurisprudencia de valoración pretende desentrañar ese orden objetivo de valores, esos valores objetivos comunes a todos, que pueden fundamentar la decisión.

Una de las soluciones reside en encontrar en la "moral jurídica dominante", la pauta para las decisiones valorativas. Se trata de concepciones ético-jurídicas dominantes en un lugar y tiempo determinado, para cuya averiguación el Derecho tiene valor de indicio. (LARENZ 1994, 145)

Las concepciones ético-jurídicas vigentes encontrarían en el Derecho su expresión más importante; es decir, el Derecho tiene para ellas, sin que en esto exista un círculo vicioso, un "valor de indicio". Este valor corresponde especialmente a las disposiciones sobre los derechos fundamentales y en los principios jurídicos elaborados por la jurisprudencia de los tribunales. Además, las concepciones valorativas dominantes podrían hallar una expresión en las costumbres del lugar y en ciertas instituciones de la vida social, como, por ejemplo, en la forma tradicional de matrimonio. Desde otro punto de vista, la jurisprudencia de los tribunales otorga vigencia a las pautas valorativas, cuando tales pautas no son inferibles con suficiente claridad del Derecho establecido. (LARENZ 1994, 145-146)

Los principios y creencias determinan la decisión, aun cuando aparentemente ésta se fundamente en la ley. Estos principios se afirman en la resolución de un caso concreto, y se difunden por el estudio que hacen otros jueces o jurisprudentes de las decisiones de los tribunales, alcanzando así una estabilidad que los convierte en la idea dominante en la época. La aparente circularidad de estas afirmaciones es en realidad una mutua influencia entre moral jurídica dominante o ideas jurídicas generalmente aceptadas, y las decisiones judiciales.

En esta exposición Larenz sigue a Esser[1], quien al lado de las ideas directivas o principios, admite todavía otra clase de bases extralegales de valoración: los "standards", los modelos o ideas de valor, como, por ejemplo, "el standard del comerciante ordinario, de la competencia leal, de la información de prensa permitida, de la seguridad del tráfico, de la lealtad en el trabajo". A ellas hacen referencia muchas veces las mismas leyes, particularmente en las denominadas cláusulas generales.

1 Cita a JOSEF ESSER, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts* (Principio y norma en la elaboración judicial del Derecho privado), 2da. ed. 1964.

Precisa Larenz que la idea de que el Derecho codificado pueda ser interpretado, practicado y desarrollado partiendo exclusivamente de él mismo –ya sea de las ideas del legislador, ya sea de un contenido inmanente de sentido– no debería sostenerse después del libro de Esser. (Larenz 1994, 149)

Como ya se explicó, para Kelsen, la realización del acto jurídico dentro del marco de la norma jurídica aplicable es libre, completar el contenido de la norma es un acto discrecional del Juez, quien sólo está sometido a la definición legal del concepto. Para la jurisprudencia de valoración, ese contenido está determinado por los valores sociales, tal como han sido recogidos por la jurisprudencia y doctrina de los tratadistas, y por los valores generales de la sociedad, fundamento de las máximas de experiencia.

2.3.2. Sistema externo y sistema interno

La ley tiene la misión de clasificar los fenómenos vitales y caracterizarlos por medio de notas distintivas fácilmente cognoscibles y ordenarlos de modo que puedan serles enlazadas iguales consecuencias jurídicas, siempre que sean "iguales". La ciencia del derecho, a partir de la jurisprudencia de conceptos, percibe y desarrolla los conceptos abstractos legales que constituyen supuestos de hecho bajo los que puedan ser subsumidos los fenómenos vitales que presentan las notas distintivas del concepto.

> *"No sólo son caracterizables mediante conceptos abstractos los hechos regulables, sino también las consecuencias jurídicas y contenidos regulativos enlazados a esos hechos. Así se forman los conceptos de crédito y de derechos reales; dentro de los derechos reales, los de propiedad y de derechos reales restringidos; dentro de éstos, los de servidumbre, los de derechos de explotación económica de bienes muebles (hipoteca, deuda hipotecaria) y de cosas muebles. La formación de conceptos todavía más generales, como los de sujeto de derecho, objeto de derecho y negocio jurídico, posibilita la formulación de reglas para todo el ámbito de aplicación de estos conceptos, es decir: el de una "Parte General"."* (Larenz 1994, 441)

Tal como quedó explicado antes, los conceptos constituyen un sistema lógico-jurídico que pretende ser la guía en la valoración de los hechos concretos, para su subsunción en las normas generales de derecho.

Sin embargo, la riqueza de la vida hace imposible en un sistema inmodificable de cajones, porque los sucesos no presentan límites tan claros como exige el sistema conceptual, sino transiciones, formas mixtas y variantes; porque la vida produce constantemente nuevas formaciones, que no están previstas en un sistema rígido; y porque el lenguaje es siempre insuficiente para alcanzar un alto grado de exactitud en la descripción de los fenómenos humanos. "*No debe, por ello, sorprender que el ideal de un sistema formado de conceptos abstractos, en sí acabado y sin lagunas, nunca haya sido plenamente realizado, ni siquiera en el apogeo de la 'Jurisprudencia de conceptos'*." (LARENZ 1994, 442)

Sin negar la utilidad ordenadora del sistema externo formado por conceptos, es posible construir a partir de los principios jurídicos un sistema abierto, objeto de un estudio del derecho "orientado a valores" que es al mismo tiempo, pensamiento sistemático.

Los principios jurídicos no tienen el carácter de reglas concebidas de forma muy general, bajo las cuales pudieran subsumirse hechos, asimismo de índole muy general. Más bien precisan, sin excepción, ser concretizados, tarea que corresponde al juez.

Por otra parte, el pensamiento basado en principios y valores no transcurre "linealmente", el principio se aclara por sus concretizaciones y éstas por su unión perfecta con el principio. La formación del "sistema interno" se logra mediante un proceso de "esclarecimiento recíproco".

Los principios no sólo se complementan, sino que también se limitan recíprocamente. Posibilitar la confianza y proteger la confianza justificada es, por ello, uno de los preceptos fundamentales que debe cumplir el orden jurídico. Sin embargo, sobre el principio de confianza prevalece en el tráfico jurídico-negocial el principio de protección de quien no tiene plena capacidad negocial. La "buena fe" respecto a la existencia de capacidad negocial no está protegida. (LARENZ 1994, 468)

El sistema de principios que ha de desarrollar la Ciencia del Derecho no es un sistema "móvil", sino que, al menos a grandes rasgos, está "fijado" por la regulación legal; pero los principios regulan en todo caso la interpretación y, sobre todo, la integración de lagunas.

Niega Larenz que este sistema interno sea fundamento de un pensamiento tópico:

> *Se puede por cierto pensar en una unión del pensamiento "tópico" y del "sistema interno", de modo que sólo pudieran valer como puntos de vista jurídicos admisibles ("topoi") aquellos que pudieran justificarse por el "sistema interno". Pero esto no corresponde a la comprensión general de la Tópica. Al descubrimiento del "sistema interno" no conduce ni una argumentación lógico-formal y conceptual ni una argumentación "tópica".* (Larenz 1994, 481-482)

La tópica jurídica no utiliza los puntos de vista de la doctrina en razón de su pertenencia a uno u otro sistema, sino por su poder de convicción.

2.3.3. Tópica jurídica

La tópica jurídica desarrollada por Viehweg –*Tópica y jurisprudencia*[2]– como técnica del pensamiento, parte de los conceptos de *topos o tópicos*, herencia de la retórica clásica. Los *topoi* o "lugares" designan las ubicaciones bajo las cuales pueden clasificarse los argumentos. Aristóteles distinguía entre los *lugares comunes*, que pueden servir indiferentemente en cualquier ciencia, y no dependen de ninguna, y los *lugares específicos*, que son propios de una ciencia particular o de un género oratorio bien determinado. (Perelman y Olbrechts 1994, 145).

Los lugares específicos del derecho se pueden precisar y organizar dentro de la ciencia o arte jurídicos, bajo los conceptos desarrollados por la dogmática, sin que por ello se adopten las bases metodológicas de las tendencias históricas.

---

[2] Viehweg, Th., Topik und Jurisprudenz, Munich, Beek, 5ª. ed. 1974 (La ed. 1953). Hay traducción castellana de la segunda edición alemana de 1963 a cargo de Luis Díez-Picazo Ponce de León (Tópica y Jurisprudencia, Madrid, Taurus, 1964, p. 49). Citada en estudio de García Amado 1987.

GARCÍA AMADO (1987, 162) especifica, como características generales de la tópica jurídica en Viehweg, el papel otorgado a los conceptos de «problema» y «aporía», la orientación *antisistemática* y *antilogicista*, y la relevancia del concepto de *topos o* tópico.

Viehweg define la noción de «problema» como «toda cuestión que aparentemente admite más de una respuesta y que necesariamente presupone una comprensión provisional, a partir de la cual aparece como cuestión a considerar seriamente y para la cual se busca precisamente una respuesta como solución». Una aporía significa, para Viehweg, una cuestión acuciante e ineludible, respecto de la que no está marcado un camino de salida, pero que no se puede soslayar. La aporía fundamental es la cuestión de «*qué es lo justo aquí y ahora*» (GARCÍA AMADO 1987, 163)

La afirmación de que el pensamiento tópico es *antisistemático*, no puede excluir la ordenación de los conceptos jurídicos, pues precisamente, el ordenar consiste, dentro de ese pensamiento, en distinguir los lugares específicos de una rama del derecho.

El problema, adecuadamente formulado, se inserta en un contexto deductivo previo, es decir, en un sistema. La prioridad del problema hace que la selección se realice desde la perspectiva dada por el propio problema: éste busca, en cierto modo, un sistema que coadyuve a la solución.

Este punto de vista conduce habitualmente a una pluralidad de sistemas. Si, por el contrario, el punto de partida se pone en el sistema, sólo se admite el planteamiento de aquellos problemas que puedan encontrar solución dentro del sistema. (GARCÍA AMADO 1987,164-165)

El razonamiento jurídico puede dividirse en dos fases, una de búsqueda de las premisas, y la otra, de naturaleza lógica, de conclusión a partir de esas premisas. Cuando se afirma que la tópica jurídica es "*antilogicista*", se está hablando de la primera fase de la búsqueda de las premisas; en tal sentido, se precisa que el tipo de ordenación de la tópica, orientado hacia el problema, no hace que prevalezca el segundo de los momentos citados, la operación silogística, sino el primero, el de la búsqueda de premisas, es necesario poner el acento en el momento de la búsqueda de las premisas. Tópica es el arte de la invención, por tanto es,

en cuanto *ars inveniendi,* el proceder adecuado para tal pesquisa de las premisas. (García Amado 1987,166)

Tendríamos entonces una búsqueda de lo más justo en el caso concreto, lo cual parece rechazar la idea de grandes construcciones doctrinales, aplicables a todos los casos; sin embargo, para la ordenación de los tópicos, los conceptos jurídicos fundamentales serían una guía, unos puntos de vista directivos que formarían parte de una tópica de primer grado, en tanto que la conformación de repertorios de puntos de vista es la tópica de segundo grado.

No describe Viehweg cuáles son los tópicos jurídicos o cuál es su orden; bajo él encajan desde puros lugares comunes de la vida ordinaria o principios de sentido común, hasta esquemas lógicos, fórmulas argumentativas, *standards* valorativos, principios generales del derecho e, inclusive, normas jurídicas positivas. Tópicos parecen ser todos aquellos argumentos que en un contexto histórico, social y jurídico determinado cuentan a su favor con una presunción de plausibilidad. (García Amado 1987, 170)

La razón de ser de los tópicos está en su poder de convicción, siendo por tanto especialmente útiles para las decisiones judiciales, las cuales deben ser siempre fundamentadas de manera tal que permitan el control de legalidad, pero también para que sean comprendidas y aceptadas como justas.

3. Método utilizado en estas reflexiones

El método, en cuanto camino para las conclusiones sobre las disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil consistió, como se afirmó, en la investigación documental y en la crítica de las diferentes fuentes doctrinales y jurisprudenciales, sobre los conceptos y principios conformadores del sistema procesal venezolano.

En la selección de los autores, y en la elaboración de las necesarias conclusiones, se procedió de un modo tópico o retórico, averiguando la opinión de la mayoría de ellos, y entre éstos, la de los mejores; sin que la cita de un autor signifique la adscripción a una determinada corriente del pensamiento.

En la escogencia de autores y tendencias tiene especial valor la *prudencia,* en el sentido de Aristóteles, tal como lo acoge María Luisa Tosta (2003), afirmación que conviene ampliar:

"Las virtudes […] morales son múltiples, tantas cuantos distintos tipos de honestidad se pueden encontrar. Participan de la complejidad de nuestro dinamismo moral. Pero hay cuatro principales que son como los goznes sobre los que giran las demás. Por eso se llaman "cardinales" (cardo-cardinis, que en latín significa "gozne"). Tales son: Prudencia, Justicia, Fortaleza y Templanza.
Santo Tomás especifica el objeto de cada una de ellas: la prudencia, que suministra la luz a las otras virtudes, consiste in eligendis (en las cosas que se han de elegir); la justícia, in distribuendis; la fortaleza, in tolerandis; y la templanza, in utendis (cosas que se han de usar).
De donde se deduce que esta virtud de la prudencia es la más importante de todas en cuanto su oficio es dirigir a las otras. Por eso se la ha llamado, con toda exactitud: auriga et moderatrix omnium virtutum (La auriga y rectora de todas las virtudes). Si el "auriga", tiene una dirección y gobierno, recordemos las expresiones: "pastor de hombres", "piloto de la nave del Estado", etcétera, que encontramos en la literatura política.
Podríamos ensayar una definición, diciendo que la prudencia es la virtud moral que perfecciona nuestra razón práctica, en orden a elegir, en toda circunstancia, los mejores medios para alcanzar nuestros fines, subordinándolos a nuestro último fin." (CASAS 1967, 725 y ss)

En esa elección de "los mejores medios para alcanzar nuestros fines", se escogen los autores que mejor fundamentan una interpretación de las normas procesales que favorezca el superior ejercicio de los derechos en el proceso, que no otro es el fin de esas reglas.

Por tratarse de los conceptos y principios fundamentales del derecho procesal civil, en varios desarrollos de ideas el punto de partida está en los resultados de la jurisprudencia de conceptos, que buscó definir la acción, la jurisdicción y el proceso.

Ello se revela claramente en el estudio de la acción, en desarrollo del principio *nemo iudex sine actore* contenido en el artículo 11 del Código

de Procedimiento Civil, en el cual se parte de la citada polémica entre Bernhard Windscheid y Theodor Muther, sobre la naturaleza de la *actio* romana, y de la evolución del concepto de acción.

Sin embargo, la exposición luego se aparta del esquema conceptualista, al realizar, por ejemplo, precisiones semánticas acerca de los diferentes usos del término "acción" que ha dado lugar a aparentes problemas que nunca son resueltos, porque los interlocutores no parten de un uso uniforme del vocablo.

La sucesiva influencia, primero de Kelsen, y luego de la jurisprudencia de valores, es obvia en el desarrollo del artículo 19 del Código comentado, en el contexto del cual se exponen ideas acerca de la interpretación de las leyes, bajo el esquema de supremacía de la Constitución; y sobre el desarrollo judicial del marco legal, con ayuda de la jurisprudencia, la doctrina y las máximas de experiencia.

El trabajo, como se advirtió, sigue el orden de las disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil, lo cual determinó que no se precisara una noción de proceso, sino que se examinara éste mediante el desarrollo de los principios procesales explícita o implícitamente contenidos en esas disposiciones.

Por último, es necesario advertir que para mantener la unidad del cuerpo legal, se incluyeron comentarios de disposiciones relacionadas con el Derecho Internacional Privado, que son meramente descriptivos del estado actual de la doctrina venezolana, evitando incurrir en opiniones sobre un tema no comprendido en el Derecho Procesal, campo de estudio de quien escribe; sin embargo, la selección de autores, revela tendencias e influencias.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

(Gaceta Oficial Nº 4.209 Extraordinario. 18 de septiembre de 1990)

TÍTULO PRELIMINAR.

DISPOSICIONES FUNDAMENTALES

Artículo 1

La jurisdicción civil, salvo disposiciones especiales de la ley, se ejerce por los jueces ordinarios de conformidad con las disposiciones de este Código. Los Jueces tienen la obligación de administrar justicia tanto a los venezolanos como a los extranjeros, en la medida en que las leyes determinen su competencia para conocer del respectivo asunto.

En Venezuela, el Poder Nacional ejerce la jurisdicción mediante el Tribunal Supremo de Justicia y los demás tribunales establecidos por la ley.

En relación con la potestad jurisdiccional, establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela:

"Artículo 253. La potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República por autoridad de la ley.

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.

El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados para el ejercicio."

Se observan en la disposición citada –además del origen de la potestad jurisdiccional– dos conceptos diferentes: Poder Judicial y Sistema de Justicia. El Poder Judicial está encuadrado en la estructura del Poder Nacional y conforma uno de los cinco poderes estatuidos por la Cons-

titución, en tanto que el Sistema de Justicia comprende otros órganos del Poder Público, como el Ministerio Público y la Defensoría, que forman parte del Poder Ciudadano; el sistema penitenciario, dependiente del Poder Ejecutivo; los ciudadanos y abogados que de diversas formas participan en el acto jurisdiccional, los cuales no forman parte de la estructura del Estado.

DISTINTAS ACEPCIONES DEL VOCABLO "JURISDICCIÓN"

Explica COUTURE (1981, 27) que la palabra jurisdicción aparece en el lenguaje jurídico con diferentes significados, y que muchas de las dificultades doctrinarias provienen de ésta circunstancia.

En primer término, es frecuente utilizar la palabra como sinónimo de ámbito territorial, cuando decimos, por ejemplo, que tal hacienda está situada en la "jurisdicción" del Municipio tal o cual.

Se utiliza también, a veces, como sinónimo de competencia por el territorio, lo cual origina múltiples confusiones entre la excepción o cuestión previa de falta de competencia y la de falta de jurisdicción.

Reseña el Maestro la utilización de la palabra jurisdicción como poder, para referirse a la prerrogativa, autoridad o poder de determinados órganos públicos, especialmente del poder judicial, lo cual a su juicio es insuficiente, porque se trata además de un deber; por tanto, el concepto de poder debe ser sustituido por el de función, con la advertencia del autor citado de que no todos los actos del Poder Judicial se realizan en ejercicio de la función jurisdiccional; y por otra parte, otros órganos del Estado excepcionalmente realizan actuaciones en ejercicio de la función jurisdiccional. La tendencia moderna es eliminar esta última anomalía, pero aún existen órganos no judiciales que aplican el derecho para dirimir controversias jurídicas; sin embargo, las decisiones de la administración nunca constituyen actos jurisdiccionales –sentencias– sino actos administrativos, siempre revisables por la administración.

Para COUTURE, es característica fundamental de la jurisdicción, que sus actos alcancen estabilidad, fuerza de cosa juzgada, lo cual no es posible en la actividad de los órganos administrativos o legislativos; el gran

procesalista falleció en 1956, y el Derecho Administrativo ha sido de las ramas jurídicas de más rápido desarrollo.

Así como la tendencia se dirige hacia reservar al poder judicial la función jurisdiccional, y un ejemplo de esto lo tenemos en la eliminación de las denominadas "comisiones tripartitas" cuya competencia de estabilidad laboral fue atribuida a los tribunales del trabajo; también se trata de rodear de mayores garantías a la actividad administrativa. Si bien por el principio de la autotutela de la administración, los actos administrativos son siempre revisables, se ha abierto paso la idea de que no se pueda revisar el acto, cuando de éste han nacido derechos a favor de un particular, con lo cual se empieza a sostener la existencia de una cosa juzgada administrativa.

La diferencia fundamental estriba en que si bien el acto administrativo está precedido de un procedimiento, el proceso judicial está rodeado de mayores garantías para las partes. Y lo más importante, es que el juez es un funcionario público independiente en sus decisiones, no sometido a una jerarquía, como el funcionario administrativo. Esta independencia del órgano caracteriza la jurisdicción y la diferencia de la función jurisdiccional ejercida por otros órganos del Estado.

La regla legal comentada se refiere al ejercicio de la función jurisdiccional por los jueces ordinarios en materia civil, excluyendo otras acepciones que la palabra "jurisdicción" tiene en el lenguaje jurídico usual.

Definición de jurisdicción

Couture (1981, 40) define la jurisdicción como: "función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".

El énfasis debe ponerse en el carácter del órgano competente para ejercer la función. La idoneidad del órgano supone la imparcialidad. Supone un adecuado modo de elección, independencia, nivel humano

y social, recalcando que no es una posición clasista sino elitista; debe preexistir como órgano, el juez *ex post facto* no es un juez; tampoco lo es el juez incompetente o el sospechoso de parcialidad. Es interesante el planteamiento de COUTURE: los ciudadanos no tienen un derecho adquirido a la sabiduría del juez, pero sí a su independencia, autoridad y responsabilidad.

> *"La función jurisdiccional asegura la vigencia del derecho. La obra de los jueces es, en el despliegue jerárquico de preceptos jurídicos, en el ordenamiento normativo, un grado avanzado de la obra de la ley.*
>
> *Los preceptos legales serían ilusorios si no se hicieran efectivos, en caso de desconocimiento o violación, en las sentencias de los jueces. Esto no significa asignar a la jurisdicción un carácter necesariamente declarativo, como erróneamente lo sostienen muchos. La jurisdicción es declarativa y constitutiva al mismo tiempo. Declara el derecho preexistente y crea nuevos estados jurídicos de certidumbre y de coerción inexistentes antes de la cosa juzgada.*
>
> *El cometido inmediato de la jurisdicción es decidir conflictos y controversias de relevancia jurídica. Por conflicto se entiende toda pretensión resistida o toda pretensión insatisfecha. Por controversias se entienden todas aquellas cuestiones de hecho o de derecho que, no pudiendo resolverse mediante los procedimientos de autotutela o autocomposición, reclaman un pronunciamiento de los órganos del Estado.*
>
> *No toda la función jurisdiccional supone la existencia de un conflicto. Hay intervenciones jurisdiccionales necesarias. Puede no existir, por ejemplo, pretensión resistida o insatisfecha en materia de divorcio. Pero el divorcio no puede lograrse por autotutela ni autocomposición. La jurisdicción penal no siempre es jurisdicción de pretensiones resistidas o insatisfechas. Es jurisdicción tuitiva, necesaria, determinada por la ley.*
>
> *[...]*
>
> *La cosa juzgada es, en este orden de elementos, piedra de toque del acto jurisdiccional. Donde hay cosa juzgada hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada no existe función jurisdiccional."* (COUTURE 1981, 42)

Es importante la observación de que no todo ejercicio de la función jurisdiccional supone la existencia actual de una controversia, que puede no llegar a existir, por ejemplo, en materia de divorcio, las partes pueden estar de acuerdo en la ruptura del vínculo por separación prolongada (art. 185 A CC); sin embargo, se necesita que un órgano jurisdiccional declare esta voluntad. Aunque el conflicto no sea aparente, siempre hay un conflicto de intereses, intereses encontrados de tal índole que el Estado considera no se pueden conciliar sin la intervención de la jurisdicción. Hay jurisdicción en interés público, no en el solo interés de las partes, cuando no es aparente el conflicto. En esos casos no se puede hablar de jurisdicción voluntaria, pues existen partes en un conflicto de intereses y la decisión que se tome causa fuerza de cosa juzgada.

Desde otro punto de vista, Rengel (1991, I, 105) incluye en la definición de jurisdicción la creación de derecho como resultado del ejercicio de la función:

> *"[...] la jurisdicción puede definirse como la función estatal destinada a la creación por el juez de los condicionamientos lógico-imputativos concretos, necesarios para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses y a asegurar por la fuerza, si fuere necesario, la práctica ejecución de la norma creada."*

Más que una definición es una descripción de la actividad jurisdiccional. En ella se incluye la "*creación por el juez de los condicionamientos lógico-imputativos concretos*", que de acuerdo con la explicación del autor, consiste en que el juez crea normas concretas dirigidas a valorar las conductas de las partes en conflicto.

En la cúspide del ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución. La legislación contiene los condicionamientos generales y abstractos para la comprensión de la conducta de los ciudadanos; sin embargo, para poder juzgar una conducta concreta es necesario elaborar una norma individual con la cual comparar la conducta de las partes. Dicho de otra manera, es necesario crear la premisa mayor judicial, la regla general de juicio, en la cual subsumir los hechos.

"[...] el juez no es libre de hacer discrecionalmente las valoraciones jurídicas de la conducta de los sujetos del conflicto, sino que debe basarse en los condicionamientos superiores, generales y abstractos, contenidos en las normas previamente dictadas por el legislador (Código Civil, Comercial, Penal, Procesal, etc.) de tal modo que su acto de creación aparezca dentro de la gradación jerárquica, fundado en unos condicionamientos superiores, y por tanto, como la etapa inferior, más concreta y específica que puede darse en el proceso creativo de los condicionamientos legales." (RENGEL 1991, I, 107)

En la creación de este mandato concreto, se parte de la ley, ésta constituye un marco obligatorio dentro del cual se mueve el pensamiento del juez, pero no se agota la labor creativa en este marco, sino que existen fuentes materiales que van a ayudar a completar el mandato concreto.

También hay que tener en cuenta el valor normativo de la Constitución. No se trata simplemente de que la Constitución determina la Ley, y ésta, la decisión judicial; sino que la primera tiene un valor normativo de obligatorio cumplimiento en el caso concreto, con lo cual si bien debe mantenerse lo decidido en el marco legal, también deben respetarse por sobre todo, los principios constitucionales; y en caso de conflicto, se aplicarán éstos con preferencia. (Ver comentario al artículo 21)

Frente a esta posición, encontramos las doctrinas procesales, entre otros la de Chiovenda, que podemos considerar clásica, de acuerdo a la cual la jurisdicción es declarativa de derecho, no constitutiva. Los derechos nacen del acaecimiento de los hechos, automáticamente, y el juez sólo declara la existencia de esos derechos. Sólo en el caso de la sentencia constitutiva nace, a partir del fallo una nueva situación jurídica. Es fácil percibir que esta última observación se refiere a los derechos subjetivos.

PRINCIPIO DE UNIDAD DE JURISDICCIÓN

La exposición de motivos del entonces proyecto de Código de Procedimiento Civil, vigente desde 1987, entiende el vocablo jurisdicción como competencia, y explica la unidad de la jurisdicción, como unidad de competencias, al expresar:

"Se recoge así en este artículo 1º la corriente doctrinal dominante, según la cual el juez ordinario es el juez por excelencia y debe ejercer la plenitud de la función jurisdiccional (unidad) pero se deja a salvo lo que dispongan leyes especiales. En este sentido, se ha querido salvaguardar el establecimiento de algunas jurisdicciones especiales, como son entre nosotros las del trabajo, la de menores, la fiscal y de hacienda, pero se ha considerado conveniente la consagración del principio de la unidad de la jurisdicción, para hacer posible que otras jurisdicciones especiales, creadas entre nosotros sin mayor justificación, puedan pasar al juez ordinario, una vez que el nuevo sistema procesal sea sancionado."

Montero (1988, 138) explica que la jurisdicción, en cuanto potestad que emana de la soberanía popular, es necesariamente única e indivisible; es imposible conceptualmente que el Estado tenga más de una potestad jurisdiccional. Dentro de un Estado unitario no existe más que una fuente de la potestad jurisdiccional, porque sólo existe un pueblo en el que reside la soberanía; de él emanan todos los poderes, de él emanan las potestades, de él emana la potestad jurisdiccional.

La jurisdicción es una potestad de derecho público, caracterizada por el *imperium* derivado de la soberanía, que coloca a los jueces y magistrados, sus titulares, en una situación de superioridad respecto de las personas que con ellos se relacionan. Esta potestad es necesariamente única. Aunque lo anterior es evidente, tradicionalmente se habla de jurisdicción ordinaria, especial, etcétera; o bien de jurisdicción civil, penal, etc. Las pretendidas clases de jurisdicción suponen simplemente una mera comodidad de léxico con el que se quiere expresar la variedad de órganos a los que el Estado dota de potestad jurisdiccional.

Lo que se distribuye entre los distintos órganos jurisdiccionales del Estado no es la jurisdicción, la potestad, sino el ejercicio de la función. El juzgar y ejecutar lo juzgado se ejerce con relación a las más diversas materias, por lo que, atendiendo a éstas, surgen las distintas competencias. Competencia, por tanto, no es la parte de jurisdicción que se confiere a un órgano, sino la parte de la función que se le atribuye; insistimos en que la jurisdicción, en cuanto potestad, no puede repartirse. (Montero 1988, 138-139)

El principio de la unidad jurisdiccional impide el establecimiento de tribunales no independientes, es decir, tribunales de excepción; pero no excluye la existencia de tribunales de diversa competencia, especialización necesaria para un mejor decidir: lo extenso de la ciencia jurídica dificulta y hasta impide un conocimiento total.

Constata MONTERO (1988, 136) en la historia española, dos sistemas contrarios al principio general del juzgamiento por un juez natural. El sistema más común consistía en crear un tribunal especial, dotando a sus jueces y magistrados de un estatuto orgánico propio, por lo menos en lo relativo al sistema de nombramiento y cese, pretendiendo suprimir o atenuar su independencia. Si en una materia concreta el Poder Ejecutivo, o el Legislativo, pretendía influir en las decisiones judiciales, al no poder hacerlo con los tribunales ordinarios, se creaba un tribunal especial con las características dichas, y cita el ejemplo de los Juzgados y del Tribunal de Orden Público, creados por la Ley de 2 de diciembre de 1963 y suprimidos por el RD-Ley de 4 de enero de 1977.

En otros casos no se creaba un tribunal especial, sino que se ampliaba la competencia de otro ya existente, el cual, por otra parte, podía tener buenas razones para existir; pero dentro de los límites que justificaban su propia existencia. En este sentido, los tribunales militares son una muestra relevante.

En Venezuela y en otros muchos países latinoamericanos encontramos ejemplos de ambas anomalías. Tal es el caso del juzgamiento de civiles por los tribunales militares en los años 60, o del establecimiento de juzgados de excepción en 1945 –tribunales o comisiones de responsabilidad administrativa– ante los cuales se acusaron a conocidos ciudadanos de delitos contra el patrimonio del Estado.

El principio de la unidad de la jurisdicción tiende también a excluir el ejercicio de la función jurisdiccional por órganos administrativos, como es el caso de las funciones decisorias de los inspectores del trabajo en materia de fuero sindical.

La disposición venezolana tiene como antecedente el artículo 1º del Código de Procedimiento Civil italiano de 1942, citado y comentado por CALAMANDREI (1973, I, 113-114):

El nuevo Código italiano, en su artículo 1°, comienza por la jurisdicción: "La jurisdicción civil, salvo disposiciones especiales de ley, se ejerce por los jueces ordinarios de acuerdo con las normas del presente Código"; en tanto que el Código anterior iniciaba su libro primero con las disposiciones generales sobre la acción (arts. 35 y sigtes.). Al respecto observa la Relación Grandi:

> *"Esa variación de orden sistemático es índice de un cambio de mentalidad: el Código derogado se planteaba los problemas desde el punto de vista del litigante que pide justicia, el nuevo se los plantea desde el punto de vista del juez que debe administrarla: mientras el viejo Código consideraba la acción como un prius de la jurisdicción, el nuevo Código, invirtiendo los términos del binomio, concibe la actividad de la parte en función del poder del juez".*

Añade el Gran Procesalista que del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos, porque tiene un valor contingente que no se puede determinar sino en relación con un cierto momento histórico.

Así, cabe precisar que el principio del juez natural, consustancial a la unidad de la jurisdicción, no siempre fue guía del proceso en nuestros países, tal como se explicó.

Al distinguir la jurisdicción de otras funciones del Estado, Redenti (1957, I, 6) expone que en el ejercicio de la "función jurisdiccional", el Estado obra y actúa, finalmente, para asegurar y garantizar *el vigor práctico del derecho,* promoviendo y controlando su observancia; reprime los hechos antijurídicos, y remedia las consecuencias de eventuales transgresiones.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha precisado que los jueces de paz pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, como lo son los árbitros y otras figuras que pueda crear la justicia alternativa, y son jueces de equidad, según el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, siendo excepcionalmente jueces de derecho.

No puede considerarse que esta forma (alternativa) de ejercicio de la jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional, estos Tribunales

actúan fuera del poder judicial, sin que ello signifique que este último poder no pueda conocer de las apelaciones de sus fallos, cuando ello sea posible, o de los amparos contra sus sentencias.

"La justicia alternativa (arbitramentos, justicia por conciliadores, etc.) es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos, de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; produce sentencias (artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz) que se convierten en cosa juzgada, ejecutables (lo que es atributo jurisdiccional, y que aparece recogido en el numeral 1 del artículo 9, y en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, así como en las normas sobre ejecución del laudo arbitral de la Ley de Arbitraje Comercial, y en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil) y por tanto es parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa." (SCon 5-10-00, sentencia Nº 1.139)

LA JURISDICCIÓN COMO OBLIGACIÓN

Concluye el artículo 1º del Código de Procedimiento Civil, estableciendo que los jueces tienen la obligación de administrar justicia tanto a los venezolanos como a los extranjeros, en la medida en que las leyes determinen su competencia para conocer del respectivo asunto.

Esta obligación es correlativa al derecho de los ciudadanos de acceder a la justicia establecido en el artículo 26 de la Constitución venezolana:

"Artículo 26. Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles."

Implica la disposición el derecho a la igualdad: toda persona tiene el derecho de acceso a la justicia, tanto venezolanos como extranjeros, y a una justicia con determinadas características que la hace efectiva.

El deber de impartir justicia, inherente a la jurisdicción, corresponde a todos los jueces, pero su cumplimiento lo distribuye la ley mediante las normas atributivas de competencia.

Pluralidad de competencias

Si bien la jurisdicción es una y la ejercen todos los jueces de la República, la competencia está distribuida en el Código de Procedimiento Civil y demás leyes conforme a diversos criterios: de acuerdo con la naturaleza de la cuestión debatida, la cuantía de las controversias que no versen sobre el estado y capacidad de las personas, el territorio dentro del cual ejercen su función y conforme a la función misma, que le es atribuida para conocer en un caso concreto por los sistemas administrativos de reparto de expedientes y por el conocimiento en alzada de las decisiones de los tribunales de primera instancia.

Jurisprudencia

SCon 29-4-05, dec. 706:

Ahora bien, los jueces de paz pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, como lo son los árbitros y otras figuras que pueda crear la justicia alternativa, y son jueces de equidad, según el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, siendo excepcionalmente jueces de derecho, conforme al mismo artículo que reza: […]

No puede considerarse que esta forma (la alternativa) de ejercicio de la jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que ***a pesar de su naturaleza jurisdiccional, estos Tribunales actúan fuera del poder judicial, sin que ello signifique que este último poder no pueda conocer de las apelaciones de sus fallos,*** *cuando ello sea posible, o de los amparos contra sus sentencias.*

La justicia alternativa (arbitramentos, justicia por conciliadores, etc.), es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos, de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; produce sentencias (artículos 45 y 46 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz) que se convierten en cosa juzgada, ejecutables (lo que es atributo jurisdiccional, y que aparece recogido en el numeral 1 del artículo 9, y en los artículos 49 y 50 de la Ley Orgánica de la Justicia de Paz, así como en las normas sobre ejecución del laudo arbitral de la Ley de Arbitraje Comercial, y en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil), ***y por tanto es***

parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo <u>del cual carece, por ahora, la justicia alternativa</u>. *[…]*
[…]es competencia exclusiva del Municipio la administración, prestación y gestión del servicio de justicia de paz, exclusión hecha –como se dejó establecido– del procedimiento de elección de sus jueces […].

SCon 22-3-04, dec. 438:

El artículo 131 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, dispone:
"Toda persona tiene el deber de cumplir y acatar esta Constitución, las leyes y los demás actos que en ejercicio de sus funciones dicten los órganos del Poder Público."
En tal sentido, cabe destacar que el Poder Judicial tiene por definición: a) la obligación de declarar la voluntad de la ley, que es el deber de administrar justicia; y b) el poder de imponer la voluntad de la ley, mediante sistemas coactivos. De modo que si para el Estado existe la obligación de administrar justicia, sobre el ciudadano grava el deber de acatar y respetar las decisiones del Poder Judicial (Cuenca, Humberto. *Derecho Procesal Civil.* Caracas. U.C.V. 4ta ed. 1981. Tomo I. p. 90). *Por ello, Por lo que esta Sala Constitucional estableció, en sentencia n° 72 del 26 de enero de 2001, que:*
"(...) ciertamente ***todas las personas llamadas a un proceso****, o que de alguna otra manera intervengan en el mismo en la condición de partes,* ***gozan del derecho y garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, en el sentido de*** *tener igual acceso a la jurisdicción para su defensa, a que se respete el debido proceso, a que la controversia sea resuelta en un plazo razonable y a* ***que, una vez dictada sentencia motivada, la misma se ejecute a los fines que se verifique la efectividad de sus pronunciamientos****.*" (Resaltado de la Sala)

SCon 6-7-04, dec. 1260:

Ahora bien, el artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece que corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias.
En este sentido la Sala estima que si bien la existencia de prerrogativas para los entes municipales excluye la posibilidad de que sus bienes sean objeto de medidas de ejecución preventiva o definitiva contra los bienes, rentas y derechos, tal situación no puede ser entendida como un obstáculo para que el particular que resulte favorecido con la decisión logre el restablecimiento de sus derechos y las compensaciones por los daños sufridos, lo cual lo legitima para exigir el cumplimiento efectivo de lo ordenado por el Juez y obliga a éste a su vez a dar cumplimiento a sus decisiones, conforme lo dispuesto en el artículo 253 Constitucional.

SCon 9-4-01, dec. 509:

Al respecto la Sala observa que el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde al Estado, el cual la realiza a través de los Tribunales de la República, que requieren

de la persona física constituida por los jueces que son los órganos jurisdiccionales por excelencia, quienes tienen la obligación de administrar justicia de conformidad con la Constitución y las leyes.

De manera que la competencia se concentra en el juez como administrador de justicia, quien debe dirimir el conflicto de intereses, teniendo en cada caso concreto una esfera de actividad delimitada por la ley –denominada la competencia– siendo ésta la medida y parte del ejercicio del poder jurisdiccional del Estado.

Los límites de la competencia son establecidos para evitar invasiones de autoridad, a fin de que cada juez desarrolle sus funciones dentro de un ámbito limitado que no permita abusos de poder y usurpación de atribuciones, evitando así la anarquía jurisdiccional. Esta competencia puede ser funcional, que se refiere a la competencia por grados, a la organización jerárquica de los tribunales; objetiva, que viene dada por la materia, el valor, el territorio y la conexión, agregándose la del reparto; y la llamada subjetiva, que se refiere a las condiciones personales de los sujetos que constituyen el órgano jurisdiccional.

Ahora bien, es factible que en el curso de un procedimiento pueda surgir la incapacidad del sujeto del órgano jurisdiccional para juzgar, por factores particulares, bien sea por carecer de objetividad, imparcialidad e independencia necesarias para cumplir su función jurisdiccional, la cual se manifiesta de dos formas, por la propia confesión por parte del funcionario judicial del impedimento, que sería la inhibición, o por recusación de una de las partes.

SCC 27-4-01, dec. Nº 97:

"[…]la Ley Orgánica del Poder Judicial, prevé en sus artículos 45, 54 y 56, la forma como deben llenarse las faltas temporales y accidentales de los jueces, […]entonces es de impretermitible observancia, que cuando un Juez distinto al que venía conociendo el mérito hasta el acto de informes, sea el encargado de dictar la decisión sobre el asunto; tal avocamiento conste en autos […]

El incumplimiento de esa formalidad acarrea que las partes, al no enterarse del cambio del funcionario, se vean impedidas de proponer contra él la recusación, si hubiese lugar a ello."

SCon 05-10-00, dec. Nº 1.139:

"Ahora bien, los jueces de paz pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, como lo son los árbitros y otras figuras que pueda crear la justicia alternativa, y son jueces de equidad […].

[…] por tanto es parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa.

[…] Su finalidad, como la de cualquier Juez, es mantener la paz social, la cual es un valor de la República y de la comunidad, lo que le permite a la actividad jurisdiccional, en los casos señalados por la ley, controlar al Estado."

SCC 16-03-00, dec. Nº 52:

"Ahora bien, disponen los artículos 1, 12 y 15 del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la competencia, los límites de las decisiones y los derechos de las partes en el proceso que: […]

De las normas citadas, se desprende el deber del Juez de administrar justicia en la medida que las leyes determinen su competencia para conocer; que debe atenerse a las normas de derecho y mantener a las partes en los derechos privativos de cada una.

Si bien es cierto que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, les faculta para tomar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren en la experiencia, no es menos cierto que esa facultad no les autoriza para quitar aplicación y vigencia a un dispositivo legal, salvo cuando colidieren con la constitución, desde luego que las leyes sólo pueden ser derogadas por otras leyes.

[…]Por tanto, el Juez de instancia se encuentra en la obligación de decretar la ejecución anticipada sobre el bien inmueble objeto del juicio, y de exigir la garantía que le parezca adecuada a la pretensión, de forma y manera que no se vea involucrada su responsabilidad, por ejemplo, exigir la garantía hipotecaria prevista en el artículo 1.894 del Código Civil."

SCon 18-02-00, dec. Nº 35:

"Ya con una mayor precisión, el artículo 1° del Código de Procedimiento Civil sostiene el deber de los jueces de administrar justicia "en la medida en que las leyes determinen su competencia para conocer del respectivo asunto".[…]

Al respecto, observa la Sala, no obstante los errores acaecidos en la solución de la incidencia de regulación de competencia, que la providencia emanada del Juzgado de Primera Instancia Agraria, en la que desacata la decisión del Superior Séptimo en lo Civil, Mercantil y del Tránsito mediante la cual resolvió la solicitud de regulación de competencia, viola el principio de la legalidad de la actuación de los órganos del poder público, debido a que no existe norma alguna que permita esta especie de "delegación", tal como fue práctica en el derecho romano, que hiciera de su propia competencia en el Juzgado Tercero de Parroquia del Distrito Federal, en contravención a lo que al respecto dispone el artículo 137 de la Constitución.

Artículo 2 (derogado)

La jurisdicción venezolana no puede derogarse convencionalmente en favor de una jurisdicción extranjera ni de árbitros que resuelvan en el exterior cuando se trate de controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre otras materias que interesen al orden público o a las buenas costumbres. En todos los demás casos, se aplicarán los Tratados y Convenciones Internacionales suscritos por Venezuela.

Ley de Derecho Internacional Privado

Artículo 63. Se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley.

Artículo 5º. Las situaciones jurídicas creadas de conformidad con un Derecho extranjero que se atribuya competencia de acuerdo con criterios internacionalmente admisibles producirán efectos en la República, a no ser que contradigan los objetivos de las normas venezolanas de conflicto, que el Derecho venezolano reclame competencia exclusiva en la materia respectiva, o que sean manifiestamente incompatibles con los principios esenciales del orden público venezolano.

Artículo 10. No obstante lo previsto en esta Ley, se aplicará necesariamente las disposiciones imperativas del Derecho venezolano que hayan sido dictadas para regular los supuestos de hecho conectados con varios ordenamientos jurídicos.

Artículo 47. La jurisdicción que corresponde a los tribunales venezolanos, según las disposiciones anteriores, no podrá ser derogada convencionalmente en favor de tribunales extranjeros, o árbitros que resuelvan en el extranjero, en aquellos casos en que el asunto se refiera a controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de

la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

Código Bustamante

Artículo 3. Para el ejercicio de los derechos civiles y para el goce de las garantías individuales idénticas, las leyes y reglas vigentes en cada Estado contratante se estiman divididas en las tres clases siguientes:

I. Las que se aplican a las personas en razón de su domicilio o de su nacionalidad y las siguen aunque se trasladen a otro país, denominadas personales o de orden público interno.

II. Las que obligan por igual a cuantos residen en el territorio, sean o no nacionales, denominadas territoriales, locales o de orden público internacional.

III. Las que se aplican solamente mediante la expresión, la interpretación o la presunción de la voluntad de las partes o de alguna de ellas, denominadas voluntarias o de orden privado.

Artículo 4. Los preceptos constitucionales son de orden público internacional.

Artículo 5. Todas las reglas de protección individual y colectiva, establecidas por el Derecho político y el administrativo, son también de orden público internacional, salvo el caso de que expresamente se disponga en ellas lo contrario.

Artículo 6. En todos los casos no previstos en este Código, cada uno de los Estados contratantes aplicará su propia calificación a las instituciones o relaciones jurídicas que hayan de corresponder a los grupos de leyes mencionadas en el artículo 3.

Artículo 7. Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior.

Artículo 8. Los derechos adquiridos al amparo de las reglas de este Código tienen plena eficacia extraterritorial en los Estados contratantes,

salvo que se opusiere a alguno de sus efectos o consecuencias una regla de orden público internacional.

Bienes inmuebles situados en Venezuela

Para excluir la jurisdicción extranjera en controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, no es menester que el objeto principal del juicio sea un bien de esta naturaleza. Basta al respecto que la sentencia dirima de alguna manera la propiedad u otro derecho real sobre inmuebles.

En tal sentido decidió la Sala Político Administrativa de la antigua Corte Suprema de Justicia (SPA 15-7-99, dec. Nº 893) al conceder el exequátur a una sentencia extranjera de divorcio, excluyendo las disposiciones sobre un bien determinado:

> *"No se ha arrebatado a Venezuela la jurisdicción que pudiera haberle correspondido para conocer del referido juicio, y el fallo no versa sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República, salvo por lo que se refiere a lo dispuesto en su punto número siete en el cual expresamente se dispone: «Propiedad de Caracas. Las partes convienen en que todos los intereses en la residencia y terreno en Caracas, Venezuela, es 100% propiedad de la comunidad. El título puede establecer diferente, pero el Demandante específicamente garantiza la habilidad para efectuar la transferencia descrita en este párrafo, y transferir la propiedad libre de las deudas, hipotecas o gravámenes. La propiedad será transferida en un 70% de propiedad para la Demandada y 30% de propiedad no dividida en parte iguales para los tres (3) hijos menores de este matrimonio, [...]; punto este que no puede desplegar eficacia en Venezuela, tal y como lo dispone el numeral tercero del mencionado artículo 53 según el cual no tendrán efectos en Venezuela las sentencias extranjeras que «versen sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República», derechos reales estos que deberán ser regulados por la normativa venezolana."*

EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO

Definición del orden público

De acuerdo con la Enciclopedia Jurídica Omeba (artículo redactado por Juan Carlos Smith. Tomo XXI, pp. 56 y ss.), se denomina "orden público" al conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia ha resaltado que el concepto de orden público tiene las características de "relatividad", "variabilidad" y de "graduación", que inevitablemente colocan en manos del juez su definición concreta, teniendo en consideración los acontecimientos que rodean la época de su emisión y los intereses estadales o sociales que en dicha época sean los que merezcan mayor garantía y protección jurisdiccionales. Por tanto, la relatividad y variabilidad del concepto hacen que sus definiciones concretas queden confiadas al criterio que expresen la jurisprudencia y las aplicaciones específicas que de ella surjan. Así, del conjunto de decisiones de los tribunales, puede concluirse que el concepto de orden público varía de acuerdo con la rama del derecho en el cual se utilice. Sin embargo, al no haberse podido abstraer una regla general de los casos concretos resueltos por los tribunales, habrá siempre que acudir a la jurisprudencia para determinar si el cumplimiento de una determinada forma afecta o no al orden público. (SCS 21-3-02, dec. Nº 200)

En el derecho mercantil son de orden público aquellas normas cuya observancia no puede ser relajada por voluntad de los particulares, en tanto que son normas dispositivas aquellas llamadas a regular una situación a falta de la voluntad de las partes, expresada en el negocio mercantil.

De aplicarse este punto de vista, la casi totalidad de las normas que regulan el proceso serían de orden público, porque no pueden las partes ni el juez llevar adelante los actos procesales de una forma diferente de la legal.

Si se consideran las normas constitucionales desde el punto de vista del orden público, con el mismo significado del derecho mercantil, en su observancia siempre estará interesado el orden público, con lo cual carecería de sentido la disposición del artículo 6 numeral 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, de acuerdo con la cual se considerará expresamente aceptada la violación si no se reclama judicialmente en un lapso de 6 meses, contados desde la violación o amenaza, a menos que la infracción constitucional afecte el orden público o las buenas costumbres.

De acuerdo con este último criterio, sólo serán de orden público aquellas disposiciones constitucionales que formen parte del núcleo de los derechos humanos, cuya inobservancia afecta los principios básicos de la existencia humana. Desde este punto de vista, sólo interesarán al orden público procesal, las más explícitas violaciones al debido proceso legal.

> *"Resulta, entonces, que el carácter de orden público de una regla procesal concreta no puede ser determinado con la simple diferenciación entre normas imperativas y normas dispositivas, como en el Derecho Mercantil; pero tampoco la determinación es tan rigurosa como en el Derecho Constitucional"*. (Abreu y Mejía 2005, 289)

Orden público interno y orden público internacional

Conforme a la ya citada enciclopedia (Omeba, XXI, 58), el denominado "*orden público interno*" es un *status* fundamental determinado por normas jurídicas absolutamente obligatorias en el territorio de un Estado; es decir, normas que exigen o prohíben de un modo inexcusable, frente a determinados supuestos, la realización de ciertos actos u omisiones; normas que de ninguna manera pueden dejar de ser cumplidas por los particulares o aplicadas por los órganos encargados de hacerlo.

Distinto es, en cambio, el significado del "orden público internacional". Constituye éste el verdadero núcleo esencial de ese status fundamental en que consiste el *orden público* de una comunidad jurídicamente organizada; configura, por consiguiente, no sólo un sistema de especificaciones

de la libertad de los individuos; sino también un sistema de prohibiciones de aplicar toda norma jurídica extranjera que rompa su equilibrio. Si el concepto de orden público interno, aun constituyendo una limitación absoluta con relación a los actos que en contrario puedan realizarse dentro del territorio de un Estado, no prohíbe a un juez convalidar actos realizados o derechos adquiridos en función de leyes extranjeras que regulan de distinto modo, un mismo instituto jurídico; el concepto de orden público internacional tiene una función limitativa aún más absoluta, pues impide incluso esta última convalidación. Las leyes de un Estado que instituye el matrimonio monogámico prohíben de un modo absoluto a los jueces, aplicar las leyes de otro Estado que admite el matrimonio poligámico. Pues si se aplicasen estas últimas, quedaría destruido el equilibrio de la propia organización social. (Omeba, XXI, 59)

Normas de aplicación inmediata

La doctrina más reciente en materia de Derecho Internacional Privado (Romero 2001, 219) se refiere a "*normas de aplicación inmediata o necesaria*", en lugar de a "*orden público internacional*", y precisa que toda norma de aplicación inmediata o necesaria es también una norma imperativa en el Derecho interno, pero no todas las normas imperativas en este último son de aplicación inmediata o necesaria. Así por ejemplo, el artículo 18 del Código Civil venezolano, establece: "*Es mayor quien haya cumplido dieciocho (18) años*". Esta es una norma imperativa de Derecho interno, pero no una norma de aplicación inmediata o necesaria, por cuanto ella no puede ser sustituida por la voluntad de las partes, pero sí admite la aplicación de la norma de conflicto, y cuando esta última lo disponga, también admitirá la aplicación de la norma extranjera.

Como características de las normas de aplicación inmediata o necesaria, Romero (2001, 221) enumera las siguientes: a) son normas cuya aplicación no se produce como consecuencia de las normas de conflicto; al contrario, limitan la aplicación de las mismas y de cualquier derecho extranjero con el cual el caso se vincule estrechamente; b) son normas cuyo ámbito de aplicación es determinado unilateralmente por el legislador estatal que las promulga, a quien solamente le interesa determinar

el ámbito de aplicación de su propio sistema jurídico, lo que hace que algunos autores las incluyan en una categoría de normas de colisión denominadas unilaterales; c) el ámbito de aplicación, así determinado, puede ser tanto territorial como personal, esto es, carece de importancia que estén restringidas a personas o hechos vinculados a un territorio determinado o a personas o hechos sin relación con el territorio; y d) la intervención de estas normas es excepcional sobre todo cuando se trata de instituciones tradicionales de Derecho privado, las cuales son, ante todo, terreno privilegiado para el funcionamiento de las normas de conflicto; mientras que su aplicación es la regla cuando se trata de instituciones o reglamentaciones en las cuales sea necesario proteger intereses fundamentales del Estado, que revistan una importancia decisiva.

La mayoría de los autores está de acuerdo en cuanto a la existencia de normas de aplicación inmediata o necesaria. Las dificultades se presentan cuando se trata de determinar los criterios que permiten identificarlas.

Atendiendo a la finalidad de estas normas, las mismas se han tipificado como aquéllas "*cuya observancia es necesaria para salvaguardar la organización política, social y económica de un país*", residiendo su carácter distintivo en la idea de la necesidad de salvaguardar la organización estatal; cada vez que la organización del Estado está presente, la aplicación de las leyes extranjeras puede ser intolerable, pues lo propio de la organización es que no puede sufrir la intromisión de elementos heterogéneos (Romero 2001, 222).

En tal sentido, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha determinado que la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, tiene rango Constitucional, es de aplicación inmediata y otorga competencia a los Tribunales de Menores para conocer de las solicitudes o demandas sobre la devolución de los menores, que de acuerdo al procedimiento se ordenará el emplazamiento de quien deba devolver el menor, para hacer su oposición, por lo que dicho juez conoce y decide; pudiendo ordenar la restitución del menor –sin que ello implique prejuzgar sobre el fondo– o rechazarla.

Por otra parte, la Ley de Derecho Internacional Privado, establece que los Tribunales venezolanos tienen jurisdicción en los juicios originados por el ejercicio de acciones de estado de las personas o las relaciones familiares, siempre que el derecho venezolano sea competente de acuerdo a las disposiciones de esta Ley, para regir el fondo del litigio y que dicha jurisdicción no podrá derogarse convencionalmente a favor de tribunales extranjeros, cuando estén involucrados derechos reales sobre inmuebles, situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o afecten principios esenciales al orden público venezolano. (SPA 4-7-00, exp. 16293, dec. Nº 1560)

Asimismo ha resaltado dicha Sala el carácter de orden público de las disposiciones de la Ley Orgánica del Trabajo:

Ahora bien, esta Sala observa que efectivamente, el artículo 10 de la Ley Orgánica del Trabajo establece:
"Las disposiciones de esta Ley son de orden público y de aplicación territorial; rigen a venezolanos y extranjeros con ocasión del trabajo prestado o convenido en el país y en ningún caso serán renunciables ni relajables por convenios particulares, salvo aquellas que por su propio contexto revelen el propósito del legislador de no darles carácter imperativo. Los convenios colectivos podrán acordar reglas favorables al trabajador que modifiquen la norma general respetando su finalidad".
La norma supra transcrita establece el principio territorial de aplicación de la legislación laboral venezolana, y en el presente caso, el recurrente señala en su escrito libelar que fue contratado inicialmente por la empresa Monarch Resources Investment Limited, antes identificada, para que prestara sus servicios como Superintendente de Planta de la empresa Revemin II, C.A., ubicada en el Callao, Estado Bolívar, propiedad en ese entonces del Grupo Monarch el cual estaba conformado a su vez, entre otras empresas por Monarch Resources de Venezuela, C.A. Monarch Minera Suramericana, y por un paquete accionario del 51% de la empresa Revemin II, C.A, propiedad de la Corporación Venezolana de Guayana (C.V.G.) constituyéndose como empresa matriz la empresa MONARCH RESOURCES INVESTMENTS LIMITED, y como tal responsable directa de la contratación laboral, devengando un

> *salario básico de sesenta mil dólares americanos (US$ 60.000) anuales para la fecha de su ingreso, la cual fue el 1° de mayo de 1993. Que en razón de la calidad de sus servicios prestados fue ascendido primero al cargo de Gerente de Metalurgia del Grupo Monarch y posteriormente, a los cargos de Gerente General de Revemin II, C.A. y Gerente General de las operaciones de Monarch Resources de Venezuela; y por cuanto fue despedido sin previo aviso, constituye a su decir, un despido injustificado.*
> *Ahora bien, visto que se está en presencia de una reclamación hecha por un trabajador extranjero que desempeñó labores en el territorio de Venezuela, durante 4 años y 11 meses, para las empresas demandadas y, visto que no consta en autos que se haya convenido someterse, a los fines de las reclamaciones surgidas de esa relación laboral, a la jurisdicción de Tribunales Extranjeros, la misma se encuentra supeditada a la jurisdicción de los Tribunales Venezolanos. Así se decide.* (SPA 16-5-02, sentencia Nº 680)

La doctrina venezolana (Romero 2001, 227-228) menciona ciertas normas formales que atribuyen efectos imperativos a determinadas normas de aplicación inmediata, así, por ejemplo, en materia de competencia de los tribunales venezolanos para conocer de ciertos delitos cometidos fuera de la República (Art. 4 del Código Penal); cuando se declaran obligatorias las disposiciones del derogado Estatuto de Menores para todos los menores de dieciocho años que se encuentren en Venezuela, y para los venezolanos que se encuentren fuera del país (Art. 1 del Estatuto de Menores de 1949 el cual se corresponde con el Art. 3º de la Ley Tutelar de Menores) en materia de impedimentos matrimoniales dirimentes (Art. 104 del Código Civil); y en materia de procedimiento (Art. 1º del Acuerdo Boliviano sobre Ejecución de Actos Extranjeros de 1911 y el Art. 55 del Proyecto de Ley de Normas de Derecho Internacional Privado de 1965, el cual se corresponde con el Art. 56 en la Ley publicada el 6 de agosto de 1998). La doctrina también menciona algunas normas materiales calificables dentro de la categoría de normas de aplicación inmediata o necesaria, así por ejemplo, en materia de formas del matrimonio celebrado en Venezuela (Art. 44 del Código Civil) y en

materia de causales alegadas en demandas de divorcio o separación de cuerpo formuladas ante los Tribunales venezolanos (Art. 755 del Código de Procedimiento Civil vigente).

LAS BUENAS COSTUMBRES

La disposición legal comentada excluye la posibilidad de prórroga voluntaria de la jurisdicción en las controversias sobre bienes inmuebles situados en el país y en otras materias que interesen al orden público o a las buenas costumbres.

Expresado el carácter relativo y variable del orden público, es necesario percatarse de que tales notas se acentúan en el concepto de "buenas costumbres".

Explica PLANIOL (1936, 6, 315) que en toda época los tribunales han acudido a las reglas morales a fin de suplir, precisamente, la insuficiencia de las reglas jurídicas, cuando se trata de privar de efectos a ciertos pactos encubridores de actos altamente vituperables; y reseña que según una concepción bastante extendida, las buenas costumbres no se determinan según un ideal religioso o filosófico, sino de conformidad con los hechos y con la opinión común.

> *"Es evidente que las reglas morales imperantes en las sociedades humanas no son todas inmutables. Sobre ciertos puntos fundamentales, han existido y existen, en las distintas sociedades, divergencias considerables de opinión así, por ejemplo, en materia de condiciones de las relaciones sexuales o de la honestidad de las ventas y relaciones comerciales, o del juego. Por ello, es difícil de concebir un juez colocándose en abierta contraposición con un uso plenamente consagrado por la práctica de su país. Pero, existe un cuerpo común de doctrina moral, tomado por las naciones europeas de la filosofía antigua y de las tradiciones cristianas, sobre el cual las divergencias son mínimas y van atenuándose con el tiempo."*

Es difícil pensar que un juez venezolano pueda erigirse en regulador del valor moral de costumbres de otros países, muchas veces de distinta religión o modos de vida, al margen de las reglas legales imperativas.

Asimismo, es obvio que las controversias sobre bienes inmuebles situados en Venezuela interesan al orden público; por consiguiente, tal vez todo se reduce a confrontar la controversia con el orden público internacional; o mejor, a determinar si afecta normas venezolanas de aplicación inmediata o necesaria, para decidir sobre la posibilidad de aceptar la prórroga de la jurisdicción.

Jurisprudencia

SPA 16-6-05, dec. 4246:

La interpretación mediante argumentación en contrario de la disposición transcrita supra, sugiere que el conocimiento de las reclamaciones de cualquier índole, que se susciten con ocasión a bienes inmuebles ubicados en el territorio de la República, estarán sometidas siempre a los poderes jurisdiccionales del Juez venezolano, y no podrá ser relajada convencionalmente, bajo ninguna circunstancia, a favor de jueces o árbitros extranjeros. […]

[…] en casos similares al de autos, en los cuales se pretende disolver una universalidad de bienes originada por una sucesión universal, respecto a los bienes inmuebles que la integran, de existir verdaderos indicios de que al menos uno de ellos se encuentra ubicado fuera del territorio de la República, deberá atenderse a lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 41 de la Ley de Derecho Internacional Privado, el cual dispone que los Tribunales venezolanos tendrán jurisdicción en los juicios originados por el ejercicio de acciones relativas a universalidades de bienes,"cuando se encuentren situados en el Territorio de la República bienes que formen parte integrante de la universalidad", pudiendo el Estado de ubicación del bien, reservarse el derecho a reconocer la sentencia respecto a ese determinado bien (artículo 46 eiusdem).

Así, como quiera que en el caso de autos no se comprueba la existencia de bienes inmuebles que se encuentren ubicados en el exterior, que formen parte de la sucesión cuya partición es demandada, y por consiguiente, no se demuestra la existencia de elementos de extranjería que pudieran comprometer los poderes jurisdiccionales del Juez venezolano respecto a alguna autoridad extranjera, debe la Sala concluir que el Poder Judicial venezolano sí tiene jurisdicción para conocer y decidir el caso de autos. Así se declara.

SPA 29-09-04 dec. Nº 1603:

"No obstante, el artículo 47 de la Ley de Derecho Internacional Privado contempla tres supuestos en los cuales la jurisdicción de los Tribunales de la República no podrá ser derogada convencionalmente, a saber: a) controversias relativas a derechos reales sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República; b) materias respecto de las cuales no cabe transacción; y c) materias que afecten los principios esenciales del orden público venezolano.

Esta inderogabilidad no establece únicamente supuestos de jurisdicción exclusiva (el único supuesto de jurisdicción exclusiva se corresponde con el caso de los bienes inmuebles situados en la República), sino que fija los casos en los que una vez establecida la jurisdicción venezolana en virtud de alguno de los criterios atributivos, ésta no puede ser sustraída por la voluntad de los litigantes mediante la sumisión a tribunales extranjeros o a árbitros que resuelvan en el extranjero.

SPA 16-05-02, dec. Nº 00680:

"Ahora bien, visto que se está en presencia de una reclamación hecha por un trabajador extranjero que desempeñó labores en el territorio de Venezuela, durante 4 años y 11 meses, para las empresas demandadas y, visto que no consta en autos que se haya convenido someterse, a los fines de las reclamaciones surgidas de esa relación laboral, a la jurisdicción de Tribunales Extranjeros, la misma se encuentra supeditada a la jurisdicción de los Tribunales Venezolanos."

SCS 21-03-02, dec. Nº 200:

"[…] el concepto de orden público tiene los caracteres de "relatividad", "variabilidad" y de "graduación", que inevitablemente colocan en manos del Juez su definición concreta, teniendo en consideración los acontecimientos que rodean la época de su emisión y los intereses estadales o sociales que en dicha época sean los que merezcan mayor garantía y protección jurisdiccionales. Por tanto, la relatividad y variabilidad del concepto hacen que sus definiciones concretas queden confiadas al criterio que exprese la jurisprudencia, y a las aplicaciones específicas que de ella surjan. Así, del conjunto de decisiones de los tribunales, puede concluirse que el concepto de orden público varía de acuerdo con la rama del derecho en el cual se utilice. Sin embargo, al no haberse podido abstraer una regla general de los casos concretos resueltos por los tribunales, habrá siempre que acudir a la jurisprudencia para determinar si el cumplimiento de una determinada forma afecta o no al orden público."

SPA 10-10-01, dec. Nº 2159:

"La Ley de Derecho Internacional Privado admite la posibilidad de la derogación convencional de la jurisdicción venezolana en favor de Tribunales extranjeros o de árbitros que resuelvan en el extranjero […].

El asunto bajo examen, no está referido a controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, tampoco se circunscribe a materias que no admitan transacción, ni afecta el orden público interno; ello podría llevar a la conclusión lógica de declarar la validez de la derogación de la jurisdicción venezolana a favor de tribunales arbitrales, siempre que se verifique, se reitera, que tal derogatoria ha sido expresamente convenida por ambas partes.

SPA 04-07-00, dec. Nº 1560:

"Del articulado anteriormente transcrito, la Sala observa:

Que la Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Sobre Restitución Internacional de Menores, tiene rango Constitucional, es de aplicación inmediata, y otorga competencia a los Tribunales de Menores para conocer de las solicitudes o demandas,

para la devolución de los Menores, que de acuerdo al procedimiento se ordenará el emplazamiento de quien deba devolver el menor, para hacer su oposición, por lo que dicho Juez conoce y decide; pudiendo ordenar la restitución del menor, –sin que ello implique prejuzgar sobre el fondo– o rechazarla.

Por otra parte, la Ley de Derecho Internacional Privado, establece que los Tribunales venezolanos tienen jurisdicción en los juicios originados por el ejercicio de acciones de estado de las personas o las relaciones familiares, siempre que el derecho venezolano sea competente de acuerdo a las disposiciones de esta Ley, para regir el fondo del litigio y que dicha jurisdicción no podrá derogarse convencionalmente a favor de tribunales extranjeros, cuando estén involucrados derechos reales sobre inmuebles, situados en el territorio de la República, o se trate de materias respecto de las cuales no cabe transacción o afecten principios esenciales al orden público venezolano. El Artículo 2 del Código de Procedimiento Civil, prevé que la Jurisdicción venezolana puede ser derogada a favor de una jurisdicción extranjera, en aquellos casos en que así se prevea en los tratados y convenciones internacionales suscritos por Venezuela, que no versen sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o sobre materias que interesen al orden público."

SPA 30-05-00, dec. Nº 1252:

"El Conocimiento de Embarque, si bien se trata de un tipo de contratación, no menos cierto es que el mismo se define como un contrato de adhesión en donde queda excluida cualquier posibilidad de debate o dialéctica entre las partes. En el contrato de adhesión, tal como lo ha marcado la doctrina y la jurisprudencia, las cláusulas son previamente determinadas por uno solo de los contratantes, de modo que el otro contratante se limita a aceptar cuanto ha sido determinado por el primero. […]

Esto es, si bien es permisible la derogatoria de la jurisdicción venezolana por vía contractual, no puede aceptarse que los contratos de adhesión en donde no participan ambas partes en la redacción de las cláusulas, se disponga acerca de la jurisdicción."

SPA 15-07-99, dec. Nº 893:

"No se ha arrebatado a Venezuela la jurisdicción que pudiera haberle correspondido para conocer de] referido juicio, y el fallo no versa sobre derechos reales respecto a bienes inmuebles situados en la República, salvo por lo que se refiere a lo dispuesto en su punto número siete en el cual expresamente se dispone: «Propiedad de Caracas. Las partes convienen en que todos los intereses en la residencia y terreno en Caracas, Venezuela, es 100% propiedad de la comunidad. El título puede establecer diferente, pero el Demandante específicamente garantiza la habilidad para efectuar la transferencia descrita en este párrafo, y transferir la propiedad libre de las deudas, hipotecas o gravámenes. La propiedad será transferida en un 70% de propiedad para la Demandada y 30% de propiedad no dividida en parte iguales para los tres (3) hijos menores de este matrimonio […]; punto este que no puede desplegar eficacia en Venezuela […]"

Artículo 3

La jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa.

Legislación y doctrina italiana

La norma venezolana que consagra el principio de *perpetuatio iurisdictionis* tiene como antecedente el artículo 5 del Código de Procedimiento Civil italiano: *La jurisdicción y la competencia se determinarán con relación al estado de hecho existente para el momento de la proposición de la demanda, sin que tengan trascendencia respecto a ellas los cambios sucesivos de dicho estado.*

El principio, con algunas modificaciones, es anterior a ese Código, pues ya Chiovenda enseñaba que la citación perpetúa la jurisdicción. Carnelutti (1945, IV, 536) precisa que pueden ocurrir, en el curso del procedimiento, eventos con trascendencia en cuanto a la competencia del juez; tales eventos pueden ser *de Derecho o de hecho:* puede ocurrir que cambien las normas, de las cuales depende la competencia, o bien el modo de ser del litigio, del cual depende la aplicación de las normas vigentes (por ejemplo, que la sede del litigio se traslade o que el valor de su objeto aumente o se reduzca).

La solución del problema planteado por el cambio de las normas en torno a la competencia, se obtiene con los principios que regulan la aplicación de las *normas procesales en el tiempo;* en principio, y salvo la emanación de reglas particulares, tal cambio hace desaparecer la competencia del juez que está conociendo.

Por el contrario, cuando en el curso del proceso cambie, en lugar de la norma del Derecho, el estado de hecho sobre el cual se funda la

competencia, funcionará la regla inversa, que se suele expresar mediante la fórmula de la *perpetuatio iurisdictionis;* cuando decimos que *per citationem perpetuatur iurisdictio,* queremos, precisamente, significar que tal cambio de hecho carece de influencia para modificar la competencia, por lo que el juez, si era competente al principio del proceso, continúa ejerciendo su cargo hasta finalizar aquél.

Doctrina venezolana

Es de advertir que tanto la norma vigente italiana como la venezolana establecen como momento determinante de la jurisdicción y la competencia, el de la introducción de la demanda, no la citación, lo cual obliga a precisar con Rengel (1991, I, 307) que el principio de que la jurisdicción y la competencia se determinan por la demanda, no significa que las afirmaciones de hecho contenidas en la misma son incontestables; sino que en caso de ser objetadas por la contraparte, el juez, al decidir sobre la competencia, debe basarse en la situación de hecho realmente existente al momento de la demanda. El principio de la *perpetuatio iurisdictionis* tampoco significa que la competencia no pueda modificarse en el curso del proceso (incompetencia sobrevenida) por efectos de las excepciones del demandado o de la reconvención, que justifican un desplazamiento de la competencia basado en la conexión.

Asimismo explica Rengel que los cambios sucesivos a la demanda, que la ley considera irrelevantes, son solamente los cambios en la situación de hecho narrada en la demanda. El principio no se refiere a los cambios de derecho que puedan sobrevenir en el curso del proceso, que den una calificación jurídica distinta a la relación controvertida o que modifiquen la distribución de la competencia.

Este criterio doctrinario fue acogido por la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de junio de 1994, en tanto que la Sala Político Administrativa de la época seguía el criterio de Duque Corredor (2000, I, 57) según el cual la norma *se* refiere también *a los cambios que puedan surgir porque legalmente se modifique la distribución o competencia de los tribunales, que con anterioridad habían venido conociendo de determinados asuntos. En estos casos, estos tribunales*

conservan su competencia porque resultaban competentes legalmente para el momento de inicio del juicio.

Sin embargo, otro es el criterio de la actual Sala Político Administrativa, la cual al resolver una regulación de competencia, expresó:

> *[...] los cambios que la ley considera irrelevantes son aquellos que se producen en la situación de hecho, y, no así, modificaciones de la regla de derecho que pueden producirse durante el proceso que den una calificación jurídica distinta a la relación o que modifiquen la distribución de la competencia, por lo que en relación a las decisiones de las Comisiones Tripartitas, si bien a las situaciones de hecho corresponde aplicar la Ley derogada, no cabe aplicar en materia procesal dicha Ley, por cuanto es en la norma atributiva de competencia de la Ley vigente, no en la derogada, donde ha de buscarse la solución de a quién corresponde el conocimiento pendiente de decisión.* (SPA 20-7-00, dec. Nº 1706)

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia se pronunció en el mismo sentido, al expresar:

> *El aumento de valor de la suma demandada, o de los bienes objeto de la pretensión, constituye un cambio en la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no un cambio en la situación de derecho. Cuánto vale la moneda en una época determinada, es cuestión de hecho; en tanto que es una cuestión de derecho la modificación de la cuantía o, en el caso, de la suma necesaria para recurrir en casación.*
> *En consecuencia, de acuerdo con el principio de la perpetuatio iurisdictionis, expresado en la citada norma legal, el aumento de valor de la pretensión, por efecto de la inflación sobrevenida a la presentación del libelo no debe tomarse en consideración para determinar la cuantía necesaria para recurrir en casación.* (SCS 26-1-00, exp. 00-0004, dec. Nº 2)

El criterio de considerar inadmisible un recurso por no existir en la causa la cuantía necesaria para acceder a casación, no obstante que el valor monetario de lo discutido había aumentado por efecto de la inflación, fue compartido por la Sala de Casación Civil. (SCC 13-4-00, exp. 00-19, dec. Nº 82)

Diferente es la pauta sentada por la Sala Constitucional, al resolver sobre la competencia para conocer de los amparos constitucionales:

"Con relación a los amparos autónomos que cursan en la actualidad ante las otras Salas de este Tribunal Supremo, considera esta Sala Constitucional que la competencia por la materia se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute, siendo tal competencia de orden público, por lo que respecto a dicha competencia ratione materiae no se aplica el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la competencia se determina conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, sino que ella será determinada por la materia, la cual dentro de la jurisdicción constitucional, por los motivos aquí señalados, la ha asumido esta Sala en materia de amparo en la forma establecida en este fallo." (SCon 20-01-00, dec. Nº 01)

Pareciera entender la Sala Constitucional que el cambio constitucional en la competencia para conocer del amparo sólo queda excluido de la aplicación del principio de *perpetuatio iurisdictionis* por el carácter de orden público de la competencia por la materia, sin tomar en cuenta que se trata de un cambio en la situación de derecho, no en la situación de hecho.

La Sala Constitucional se fundó en este criterio para pronunciarse sobre la admisibilidad del recurso de casación. La Sala de Casación Civil había considerado que la cuantía aplicable era la vigente para el momento en que se interpuso el recurso por primera vez; en tanto que la Sala Constitucional expresó:

"Es decir, si bien es cierto que el fallo que fue invocado por el solicitante fue dictado en un caso de reenvío, también es cierto que los motivos en los que la Sala fundamentó la admisibilidad del recurso de casación, son perfectamente aplicables a los casos en los cuales se anuncia el recurso de casación por primera vez, pues la decisión argumenta que, con fundamento en el principio de la perpetuatio fori, que reconoce el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, es la situación de hecho existente en el momento de la admisión de la demanda la determinante

de la competencia para todo el curso del juicio, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarla".

Conforme a lo anterior, si bien el régimen competencial cambió, en el presente caso conforme al principio de perpetuatio fori es la situación de hecho existente en el momento de la admisión de la demanda la que determina la competencia para todo el curso del juicio; por ende, se ordena remitir el presente caso al Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso-Administrativo de la Región Nor-Oriental para que conozca en segunda instancia de la apelación interpuesta el 18 de julio de 2002, por el ciudadano Miguel Piaspan Lara, Presidente del Instituto Municipal de la Vivienda del Municipio Sotillo (IMVIS) del Estado Anzoátegui, contra la decisión dictada el 28 de junio de 2002, por el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la citada Circunscripción Judicial. Así se decide." (SCon 5-5-06, dec. 923)

Con posterioridad la Sala de Casación Civil adoptó el criterio de la Sala Constitucional, así:

"En tal sentido, esta Sala en aras de preservar la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, establece que ***la cuantía necesaria para acceder a casación, debe ser la misma que imperaba para el momento en que se interpuso la demanda****, pues es en ese momento en el cual el actor determina el derecho a la jurisdicción y la competencia por la cuantía y por ello considera cumplido el quantum requerido por el legislador para acceder en sede casacional, pues las partes no están en disposición de prever las modificaciones de la cuantía a que hubiere lugar durante la tramitación del proceso para acceder en casación."* (SCC 12-7-05, dec. 1573)

La jurisprudencia se apartó de la disposición legal comentada al aplicar el principio de *perpetuatio iurisdictionis* al cambio de la situación de derecho, en beneficio del derecho constitucional de acceso al recurso, lo cual constituye un caso de interpretación conforme a la Constitución.

JURISPRUDENCIA

SCon 5-5-06, dec. Nº 923:

"Uno de los corolarios del principio general de irretroactividad de la ley es el principio de la aplicación inmediata de la nueva ley procesal, aun a los procesos que se hallaren en curso al momento de su entrada en vigencia, estatuido para garantizar, bajo el imperio de la legalidad y la seguridad jurídica, la transición procesal derivada de la sucesión de leyes en el tiempo; a este respecto, se tiene como derivación de la llamada extraactividad general de la Ley, la denominada ultraactividad de la ley procesal, establecida en rango legal en el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil.

Igualmente, observa esta Sala, que exigir una nueva cuantía para la admisión del nuevo recurso de casación intentado contra la sentencia de reenvío, atenta contra el principio de la perpetuatio jurisdictionis, consagrado en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil […].

Es decir, si bien es cierto que el fallo que fue invocado por el solicitante fue dictado en un caso de reenvío, también es cierto que los motivos en los que la Sala fundamentó la admisibilidad del recurso de casación, son perfectamente aplicables a los casos en los cuales se anuncia el recurso de casación por primera vez, pues la decisión argumenta que, con fundamento en el principio de la perpetuatio fori, que reconoce el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, es la situación de hecho existente en el momento de la admisión de la demanda la determinante de la competencia para todo el curso del juicio, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarla".

SCon 12-7-05. dec. 1.573:

Al respecto, siendo uno de los pilares fundamentales de la justicia la confianza que tienen los particulares que un órgano del Poder Público, actúe de manera semejante a la que ha venido actuando, frente a circunstancias similares o parecidas, considera la Sala que las modificaciones posteriores que determinen el quantum necesario para acceder a la sede casacional, pueden afectar eventualmente a las partes, pues no están en capacidad de prever, las alteraciones que en el futuro puedan ocurrir en relación con esa situación y en caso de ser previsible, no tienen la seguridad que sucedan.

En tal sentido, esta Sala en aras de preservar la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, establece que ***la cuantía necesaria para acceder a casación, debe ser la misma que imperaba para el momento en que se interpuso la demanda****, pues es en ese momento en el cual el actor determina el derecho a la jurisdicción y la competencia por la cuantía y por ello considera cumplido el quantum requerido por el legislador para acceder en sede casacional, pues las partes no están en disposición de prever las modificaciones de la cuantía a que hubiere lugar durante la tramitación del proceso para acceder en casación.*

SCC 10-11-05, dec. RH 735:

"...Ahora bien, respecto al criterio de la Sala sobre el requisito de la cuantía y el monto que se requerirá para acceder a casación, en reciente sentencia de la Sala Constitucional N° 1573 del 12 de julio del año que discurre, se estableció lo siguiente:

[…]

La sentencia ut supra transcrita, establece un criterio distinto al sostenido por esta Sala, el cual es más garantista de los derechos de defensa, debido proceso y acceso a la justicia que nuestra Constitución establece en beneficio de los justiciables. Asimismo, constata la Sala que dicho criterio es de carácter vinculante, pues de su contenido así se estableció expresamente, ***lo cual hace que la Sala lo acate, no sólo por compartirlo, sino porque lo prevé el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela****.*

Por tanto en acatamiento del fallo constitucional precedentemente transcrito, la Sala abandona el criterio establecido a partir de su fallo N° RH-00084 del 31 de marzo de 2005, antes citado y establece que el monto de la cuantía para acceder a casación será aquel que se requiera para el momento de la interposición de la demanda. Así se establece.

[…]

Ejercido el recurso de hecho de conformidad con el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, se entiende la existencia de un pronunciamiento de un Tribunal "correspondiente" que se negó a admitir el recurso de casación, lo cual no permitiría la aplicación del nuevo criterio establecido respecto al requisito de la cuantía, sin embargo, en atención a las precedentes consideraciones, la Sala determina que el criterio establecido por la Sala Constitucional se aplicará a todos los casos en trámites, aun cuando haya pronunciamiento del ad quem respecto a la admisibilidad del recurso de casación; pues es esta Sala de Casación Civil, la que tiene la atribución última de pronunciarse respecto a dicha admisibilidad; excluyendo de aplicación solo a los casos ya resueltos por esta Sala. Así se establece...". (Resaltado de la Sala)

SCC 02-05-05, dec. Nº 182:

"…el citado artículo consagra en nuestro proceso civil el conocido principio de la perpetuatio jurisdictionis, según el cual la competencia del Juez después de iniciada la causa, queda insensible a cualquier cambio sobrevenido de las circunstancias fácticas que la habían determinado (per citationem perpetuatur iurisdictio). Es por ello que poco importa, en el caso que se examina, que la adolescente […], hija de las partes, haya alcanzado la mayoridad, pues la competencia se mantiene inmodificable de acuerdo al referido principio, en razón de la situación de hecho existente para el momento de presentación de la demanda.

SCC 6-6-2005, dec. Nº 360:

Tal como lo ha establecido pacíficamente, tanto la doctrina patria como la jurisprudencia de la Sala, entre otras, la sentencia Nº 1.428, de fecha 14 de diciembre de 2004, expediente Nº 04-922, caso: Rosa del Carmen Balza Paredes y otros, contra la Gobernación del estado Aragua, el citado artículo consagra en nuestro proceso civil el conocido principio de la perpetuatio jurisdictionis, según el cual la competencia del juez después de iniciada la causa, queda insensible a cualquier cambio sobrevenido de las circunstancias fácticas que la habían determinado (per citationem perpetuatur iurisdictio). Es por ello que poco importa, en el caso que se examina, que la acción por

abstención o carencia haya sido subsanada por el ciudadano Inspector del Trabajo de los Municipios Autónomos Puerto Cabello y Juan José Mora del estado Carabobo, mediante a providencia administrativa N° 057-2002 de fecha 8 de enero de 2002, pues la competencia se mantiene inmodificable de acuerdo al referido principio, en razón de la situación de hecho existente para el momento de presentación de la demanda.

SCC 31-5-2005, dec. Nº 323:

Al efecto se observa, que la presente demanda de nulidad contra la precitada resolución, fue propuesta por el demandante el 2 de julio de 2001, conforme se evidencia del libelo de la demanda, el cual riela a los folios 1 al 3 y sus vueltos, de la segunda pieza del expediente, ambos inclusive; en tal razón, estando vigente para la fecha de la interposición de la demanda la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la misma será tramitada conforme a los criterios de competencia establecidos en el citado texto legal, atendiendo al principio de la perpetuatis iurisdictionis, contenido en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, el cual dispone que la jurisdicción y la competencia, se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa.

Ahora bien, en relación con los órganos jurisdiccionales competentes para conocer de las demandas de cualquier naturaleza que se propongan contra los Municipios, disponía el artículo 181 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

***Artículo 181**. "Mientras se dicta la Ley que organice la jurisdicción contencioso-administrativa, los Tribunales Superiores que tengan atribuida competencia en lo civil, conocerán, en primera instancia en sus respectivas circunscripciones, de las acciones o recursos de nulidad contra los actos administrativos de efectos generales o particulares, emanados de las autoridades estadales o municipales de su jurisdicción…".*

SCC 21-4-2005, dec. Nº 155:

Esto es, que la potestad de juzgamiento y la competencia del órgano jurisdiccional se determinan por la situación fáctica para el momento de la introducción de la demanda, sin que pueda modificarse esa jurisdicción y competencia en razón de los cambios que se presenten en el curso del proceso. Ello, en resguardo de la seguridad jurídica.

En aplicación del artículo ut supra transcrito al caso bajo estudio, se evidencia que para el momento de la presentación de la demanda el aumento de la pensión alimentaria era solicitada a favor de tres menores de edad, razón por la cual esa circunstancia de hecho es la determinante de la competencia para resolver el asunto planteado. […]

SCC 30-3-2005, dec. Nº 69:

Tal como lo ha establecido pacíficamente tanto la doctrina patria como la jurisprudencia de la Sala, entre otras, la sentencia Nº 1428, de fecha 14 de diciembre de 2004, expediente Nº 04-922, en el caso de Rosa del Carmen Balza Paredes y otros, Contra la Gobernación del estado Aragua, el citado artículo consagra en nuestro proceso civil

el conocido principio de la perpetuatio jurisdictionis, según el cual la competencia del juez después de iniciada la causa, queda insensible a cualquier cambio sobrevenido de las circunstancias fácticas que la habían determinado (per citationem perpetuatur iurisdictio).

SCC 15-9-2004, dec. Nº 1105:

Esto es, que la potestad de juzgamiento y la competencia del órgano jurisdiccional se determinan por la situación fáctica existente para el momento de introducción de la demanda, sin que puedan modificarse esa jurisdicción y competencia, en razón de los cambios que se presenten en el curso del proceso. Ello, en resguardo de la seguridad jurídica.

Lo anterior ha sido señalado por esta Sala en reiteradas oportunidades, entre otras, en decisión N° 82, de fecha 13 de abril de 2000, expediente 00-019, en el caso: de Melania Francois contra Hotel El Conde, con ponencia del Magistrado quien con tal carácter suscribe ésta, en la cual estableció:

"...Al respecto la Sala para resolver observa: el principio de la perpetuatio jurisdictionis, recogido en el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, determina que:

(...Omissis...)

Principio este que el autor Hernando Devis Echandía nos dice que consiste en:

"La situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda es la determinante de la competencia para todo el curso del juicio, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarle....Es apenas natural que el actor se atenga a la situación existente en el momento en que demanda para cualquier efecto jurídico, y con base en ella investigará cuál es el juez que debe conocer de su demanda. El no está en capacidad de prever, por lo general, las alteraciones que en el futuro puedan ocurrir en relación con esa situación, y en caso de ser previsible no tiene la seguridad de que ellas se sucedan. Su litigo de todas maneras versará sobre lo que existe en ese momento, y el juez, al asumir su conocimiento, deberá basarse también en esa realidad". (Negrillas y cursivas del texto).

En aplicación del artículo y jurisprudencia ut supra transcrita, al caso in comento, se evidencia que el juzgado competente para el momento en que se interpuso la demanda, era el Tribunal de Protección del Niño y del Adolescente de la Circunscripción Judicial del estado Barinas, Sala de Juicio. Juez Unipersonal N° 2, en razón, a que para la fecha de la interposición de la demanda, la accionante tenía diecisiete (17) años de edad, catalogada como adolescente, conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente y, además, en atención al artículo 177, párrafo primero, literal b) de dicha ley, es materia afín a ese tribunal la relativa a la obligación alimentaria, lo que significa que, al ser el objeto del presente juicio dicha obligación alimentaria, es a ese juzgado a quien le corresponde sustanciar y decidir el presente asunto. Así se decide.

SCon 25-09-01, dec. Nº 1779:

"Precisado lo anterior, estima esta Sala que para decidir el presente conflicto de competencia, se debe tener en cuenta el principio procesal consagrado en el artículo 24 de la Cons-

titución, según el cual, "[l]*as leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aún en los procesos que se hallaren en curso (...)", de allí que, la normativa procesal de amparo constitucional, específicamente, la referida a la competencia de los órganos jurisdiccionales, resulta aplicable al presente caso."*

SPA 20-07-00, dec. Nº 1706:

"Por lo que correspondería a la jurisdicción laboral, el conocimiento de la causa, atendiendo al artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, que consagra, "la jurisdicción y la competencia se determinan conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa", es decir, que los cambios que la ley considera irrelevantes son aquellos que se producen en la situación de hecho,y, no así, modificaciones de la regla de derecho que pueden producirse durante el proceso que den una calificación jurídica distinta a la relación o que modifiquen la distribución de la competencia, por lo que en relación a las decisiones de las Comisiones Tripartitas, si bien a las situaciones de hecho corresponde aplicar la Ley derogada, no cabe aplicar en materia procesal dicha Ley, por cuanto es en la norma atributiva de competencia de la Ley vigente, no en la derogada, donde ha de buscarse la solución de a quién corresponde el conocimiento pendiente de decisión."

SCC 13-04-00. dec. Nº 82:

"Principio este que el autor Hernando Devis Echandía nos dice que consiste en:

"La situación de hecho existente en el momento de admitirse la demanda la determinante de la competencia para todo el curso del juicio, sin que las modificaciones posteriores puedan afectarle....Es apenas natural que el actor se atenga a la situación existente en el momento en que demanda para cualquier efecto jurídico, y con base en ella investigará cuál es el Juez que debe conocer de su demanda. El no está en capacidad de prever, por lo general, las alteraciones que en el futuro puedan ocurrir en relación con esa situación, y en caso de ser previsible no tiene la seguridad de que ellas se sucedan. Su litigo de todas maneras versará sobre lo que existe en ese momento, y el Juez, al asumir su conocimiento, deberá basarse también en esa realidad". […]

"Conforme a la doctrina de la Sala, la cuantía del asunto a los fines de poder decidir acerca de la admisibilidad del recurso de casación es la que se estima en la demanda, como valor independiente de la inflación". […]

"Ahora bien, con referencia a la admisibilidad del recurso de casación y mientras el legislador no tome medidas sobre este punto, la determinación del valor de la demanda debe hacerse como lo ordenan los artículos 31 al 38 del Código de Procedimiento Civil. No tiene otra vía la Sala, sino la de aplicar el mencionado texto legal, como fundamento para deducir el interés principal del juicio, y por consiguiente, para determinar la admisibilidad del recurso de casación. Así se declara".

SCon 20-01-00, dec. Nº 01:

"Con relación a los amparos autónomos que cursan en la actualidad ante las otras Salas de este Tribunal Supremo, considera esta Sala Constitucional que la competencia por la materia se determina por la naturaleza de la cuestión que se discute, siendo

tal competencia de orden público, por lo que respecto a dicha competencia ratione materiae no se aplica el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, según el cual la competencia se determina conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda, sino que ella será determinada por la materia, la cual dentro de la jurisdicción constitucional, por los motivos aquí señalados, la ha asumido esta Sala en materia de amparo en la forma establecida en este fallo."

SCC 12-7-05, dec. 1573:

"En primer lugar, de acuerdo al requisito de la cuantía para acceder a la sede casacional según el criterio sostenido por la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia el 31 de marzo de 2005 (caso: "Turalca Viajes y Turismo, C.A."), los Tribunales de la República deberán tomar en cuenta la fecha en que precluya la primera oportunidad que tenga el Juez respectivo para dictar sentencia y verificar la cuantía vigente rationae temporis para acceder a la sede casacional, es decir, que si para la fecha en que el Juzgado respectivo debió decidir y no lo hizo, el juicio tenía casación de acuerdo a la cuantía, entonces deberá oírse el anuncio de casación interpuesto por el recurrente.

No obstante, el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil, establece lo siguiente:

"La jurisdicción y la competencia se determinan ***conforme a la situación de hecho existente para el momento de la presentación de la demanda****, y no tienen efecto respecto de ellas los cambios posteriores de dicha situación, salvo que la ley disponga otra cosa". (Subrayado y negrillas de la Sala).*

En tal sentido, es el actor el que determina con la presentación de su demanda la competencia y jurisdicción en su demanda, todo en base con al principio de la perpetuatio fori.

Señalado lo anterior, las leyes no rigen las relaciones jurídicas cuyo decurso ha sido en tiempos anteriores, especialmente, cuando han originado derechos adquiridos, por ello, las leyes intertemporales toman evidente relevancia en consideración de su aplicación inmediata incluso a nivel constitucional y en preservación del principio de la irretroactividad de las leyes.

En efecto, el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, señala lo siguiente:

"Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o a la rea".

Por otra parte, el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil, dispone lo siguiente:

"La ley procesal se aplicará desde que entre en vigencia, aún en los procesos que se hallen en curso; pero en este caso, los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior".

De manera que, aún cuando las leyes procesales son de aplicación inmediata, las mismas no pueden tener efecto retroactivo respecto a los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía; es decir, la ley no debe establecer correcciones en el iter procedimental salvo que sólo sean aplicables a futuro, pues de

aceptarse así las partes estarían expuestas a sufrir las consecuencias de los cambios sobrevenidos durante el desarrollo del mismo, más aún cuando el artículo 24 de la Carta Magna prevé que las leyes de procedimiento son de aplicación inmediata a los procesos en curso, no así deben ceder en su aplicación ante el supremo derecho a la justicia y de la tutela judicial efectiva, cuando la cuantía fue estimada bajo la vigencia de una ley anterior.

Al respecto, siendo uno de los pilares fundamentales de la justicia la confianza que tienen los particulares que un órgano del Poder Público, actúe de manera semejante a la que ha venido actuando, frente a circunstancias similares o parecidas, considera la Sala que las modificaciones posteriores que determinen el quantum necesario para acceder a la sede casacional, pueden afectar eventualmente a las partes, pues no están en capacidad de prever, las alteraciones que en el futuro puedan ocurrir en relación con esa situación y en caso de ser previsible, no tienen la seguridad que sucedan.

*En tal sentido, esta Sala en aras de preservar la seguridad jurídica, la tutela judicial efectiva y el debido proceso, establece que **la cuantía necesaria para acceder a casación, debe ser la misma que imperaba para el momento en que se interpuso la demanda**, pues es en ese momento en el cual el actor determina el derecho a la jurisdicción y la competencia por la cuantía y por ello considera cumplido el quantum requerido por el legislador para acceder en sede casacional, pues las partes no están en disposición de prever las modificaciones de la cuantía a que hubiere lugar durante la tramitación del proceso para acceder en casación. Así se decide.*

Por otra parte, con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cuantía para acceder en casación quedó modificada, en efecto el artículo 18 lo siguiente: "(…) El Tribunal Supremo de Justicia conocerá y tramitará, en la Sala que corresponda, los recursos o acciones, que deban conocer de acuerdo con las leyes, cuando la cuantía exceda de tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.) (…)".

De lo anterior se colige, que para acceder a la sede casacional de acuerdo con la referida ley la cuantía del juicio deberá exceder a las tres mil unidades tributarias (3.000 U.T.). Sin embargo, ante los incrementos anuales que sufre la unidad tributaria pudiera estar afectándose o limitándose la posibilidad de los administrados de acceder en casación ante las respectivas Salas del Tribunal Supremo de Justicia; en tal sentido, el Juzgador correspondiente deberá determinar –con base a los parámetros anteriormente expuestos– la cuantía exigida para el momento en que fue presentada la demanda, y en caso que la cuantía exigida sea la establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, deberá calcularse la unidad tributaria vigente para el momento en el cual fue interpuesta la referida demanda.

*En segundo lugar, resulta perentorio precisar el supuesto de admisibilidad del recurso de casación interpuesto contra las sentencias dictadas por los **Tribunales de reenvío**, en torno al requisito aquí analizado. Al respecto, no deberá tomarse en consideración la cuantía para recurrir de una sentencia de reenvío, pues asiste a la parte interesada, un derecho adquirido a la revisión del fallo por la sede casacional; lo contrario implicaría la violación de los derechos constitucionales al debido proceso, a la defensa, de acceso a la justicia y a la igualdad procesal.*

Ahora bien, el presente criterio no se aplica en el caso objeto de la presente solicitud de revisión en salvaguarda a la tutela judicial efectiva y a la confianza legítima que tienen los particulares en la estabilidad de las decisiones judiciales, pues la decisión contra la cual se recurre en revisión fue dictada en el año 2002, momento para el cual el criterio vigente para acceder en casación era distinto al que hoy se establece en el presente obiter dictum.

En tal sentido, sólo se aplicará este criterio a las nuevas demandas que se inicien con posterioridad a la publicación en la Gaceta Oficial del presente fallo y para las causas que se encuentren en trámite siempre que el tribunal correspondiente aún no hubiere emitido pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso de casación. Así se declara.

Artículo 4 (derogado)

La jurisdicción venezolana no queda excluida por la pendencia ante un Juez extranjero de la misma causa o de otra conexa con ella, salvo en los casos previstos en el artículo 2°.

Ley de Derecho Internacional Privado

Artículo 63. Se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley.

Artículo 58. La jurisdicción venezolana exclusiva no queda excluida por la pendencia ante un juez extranjero de la misma causa o de otra conexa con ella.

Tal como lo explica Hernández-Bretón (2001[b], 417), el artículo 58 de la Ley de Derecho Internacional Privado que regula la litispendencia internacional establece que la jurisdicción venezolana exclusiva no es relegada por la pendencia ante un juez extranjero de la misma causa o de otra conexa con ella. A juicio del autor citado, se trata de una mejora sustancial del régimen incoherente del derogado artículo 4 del Código de Procedimiento Civil. Sólo se afirma la litispendencia internacional en aquellos casos en que la jurisdicción venezolana no es exclusiva; es decir, en aquellos supuestos en que la jurisdicción venezolana es derogable de acuerdo con el artículo 47 de la LDIP.

Para Hernández-Bretón, la procedencia de la litispendencia exige la concurrencia de los siguientes supuestos:

1° Que los tribunales venezolanos tengan jurisdicción para conocer del caso según las normas sobre la jurisdicción;

2° Que la jurisdicción que le corresponde a los tribunales venezolanos no sea exclusiva, es decir, que el ejercicio de la jurisdicción por tribunales extranjeros no sea considerado según el Derecho venezolano

como un arrebato de jurisdicción que les corresponde exclusivamente a los tribunales venezolanos según sus normas. Tales son las previstas en el artículo 47 de la LDIP: (1) acciones relativas a inmuebles ubicados en Venezuela; (2) acciones relativas a materias en las que no cabe transacción según el Derecho venezolano; (3) acciones relativas a materias que afecten los principios fundamentales del orden jurídico venezolano. A estos últimos los protege el artículo 8 de la LDIP mediante la cláusula de reserva y mediante la referencia a las normas de aplicación inmediata o necesaria en el artículo 10 de la misma Ley;

3º Que la causa pendiente en el extranjero sea la misma pendiente ante tribunales nacionales o una conexa con ella. De esta manera, la causa ante tribunales extranjeros debe ser entre las mismas partes, relativa al mismo objeto y por la misma causa: triple identidad.

El artículo también atribuye relevancia a la conexidad con una causa discutida en el extranjero como elemento con eficacia para excluir la jurisdicción que le correspondería a los tribunales venezolanos. Dado que la conexidad como criterio atributivo de jurisdicción no está expresamente regulada habrá que acudir a los criterios generales del Código de Procedimiento Civil.

4º Que los tribunales extranjeros antes los cuales se ha propuesto el litigio tengan jurisdicción de acuerdo con los principios generales de jurisdicción consagrados en el Capítulo IX de la LDIP;

5º Que el juez extranjero haya prevenido, es decir, que haya citado antes que el juez venezolano; y

6º Que la citación se haya verificado según las normas aplicables vigentes en el lugar donde se lleva a cabo el juicio y aquellos lugares en donde se haya verificado efectivamente la citación. (HERNÁNDEZ–BRETÓN 2001[b], 418)

Por otra parte DOS SANTOS (2000, 261) invoca el artículo 394 del Código Bustamante, norma aplicable si el caso en cuestión tiene vínculos con estados parte de este Tratado. La litispendencia por pleito en otro de los estados contratantes podrá alegarse en materia civil, cuando

la sentencia que se dicte en uno de ellos produzca en el otro los efectos de cosa juzgada. Como señalara Sánchez de Bustamante (Bustamante, III, 233-234) «*...es indispensable que coincidan las cosas, las causas, las personas de los litigantes y la calidad con que intervienen en ambos litigios...*» para que pueda alegarse esta excepción ante los tribunales de alguno de los Estados partes del referido Código.

> *Pero para aquellos supuestos en que no proceda la aplicación del Código Bustamante, regirá lo pautado por el artículo 58 de la Ley de Derecho Internacional Privado según el cual «La jurisdicción venezolana exclusivas no queda excluida por la pendencia ante un juez extranjero de la misma causa o de otra conexa con ella»; esto permite inferir la posibilidad de admisión de la litispendencia internacional en todos los demás casos de identidad o conexidad de causas; el análisis del supuesto debe por tanto partir de la consideración de la efectiva competencia procesal internacional de los tribunales involucrados, es decir, tanto el tribunal venezolano como el tribunal foráneo han de tener jurisdicción conforme a las normas que de manera respectiva resulten aplicables, correspondiendo la continuación del proceso a la autoridad extranjera en caso de haber cumplido primero el requisito de citación, acto procesal fundamental a los efectos de permitir que se trabe la litis.* (Dos Santos 2000, 261)

¿Litispendencia?

La doctrina citada, utiliza el término tradicional "litispendencia", para referirse a la pendencia ante el juez extranjero de la misma causa o de otra conexa, lo cual obliga a precisar que no se trata de la *litispendencia* del Derecho Procesal interno. En efecto, la *litispendencia* exigiría, en primer término, que ambos tribunales sean competentes, lo que equivale a decir, *mutatis mutandis,* que ambos tribunales tengan jurisdicción. Dicha exigencia haría sobreabundante, e inútil la disposición comentada, pues si la jurisdicción venezolana es exclusiva, desde el punto de vista de nuestra ley no puede haber otro tribunal con jurisdicción.

En segundo lugar, las normas internas de Derecho Internacional Privado regulan la jurisdicción de los tribunales venezolanos, no de los

extranjeros, no podrían hacerlo por cuestiones de soberanía; por consiguiente, puede el operador jurídico venezolano determinar que no se le ha arrebatado la jurisdicción a Venezuela, pero no tiene competencia para concluir en que el tribunal extranjero tiene jurisdicción.

Así lo explica Hernández-Bretón (2001[b], II, 386):

Sujeto a las escasas restricciones impuestas por el Derecho Internacional Público, el Estado venezolano determina soberana y unilateralmente, sin tener en consideración disposiciones similares de ordenamientos extranjeros, los límites de su propia jurisdicción.

En el sentido puramente técnico de la expresión no se trata de la atribución de jurisdicción, por parte del legislador nacional, a jueces extranjeros. Tampoco se trata de la distribución de jurisdicción entre los diversos Estados. Es pura y simplemente una disposición unilateral del legislador nacional delimitando la extensión de la jurisdicción de sus propios órganos jurisdiccionales considerados en su globalidad (como conjunto de todos ellos). Tales normas no pueden en forma alguna influir directa ni indirectamente sobre la jurisdicción de otros Estados, a su vez soberanos en la regulación de su respectivo poder jurisdiccional.

El Estado venezolano no determina ni tampoco pudiera determinar los límites de la jurisdicción de los Estados extranjeros. De la misma forma ningún Estado extranjero fija ni tampoco pudiera fijar los límites de la jurisdicción venezolana.

En tercer término, en la *litispendencia* la citación determina la prevención: prevalece la causa en la cual se ha citado primero y se extingue la otra; en tanto que en la pendencia de la causa con una igual o conexa ventilada ante un tribunal extranjero, la citación no es suficiente para excluir la jurisdicción venezolana, pues podría suceder que esa actuación, conforme a las normas venezolanas de Derecho Internacional Privado, no produzca la prórroga de la jurisdicción. En tal sentido tenemos el ejemplo del citado por el tribunal extranjero, que ha opuesto la falta de jurisdicción por tener su domicilio en Venezuela.

Por otra parte, la disposición de la Ley de Derecho Internacional Privado glosada se refiere a la no exclusión de la jurisdicción venezolana

exclusiva, no a la exclusión de jurisdicción venezolana convencionalmente derogable por estar pendiente ante un tribunal extranjero una causa igual o conexa.

El problema de la interpretación *a contrario*

Es fácil interpretar *a contrario* que la litispendencia y la conexidad de la causa con un proceso extranjero, relegan la jurisdicción venezolana no exclusiva, lo cual no siempre será cierto.

En relación con los problemas de la interpretación *contrario sensu*, Levis Ignacio Zerpa (2001) comenta que a veces los argumentos sirven para crear normas, para traer al ordenamiento disposiciones que no existen en forma expresa; y otras veces no es esa su función, ellos más bien se limitan a ayudarnos a atribuirle sentido a las expresiones de los textos normativos, y afirma:

> *Con un ejemplo puede apreciarse mejor lo explicado sobre la fuerza de los argumentos en la tarea interpretativa. Si uno se plantea el problema de si el auto de admisión de la demanda, en el juicio ordinario, es apelable o no; el texto legal (artículo 341 del C.P.C.) no dice expresamente si es apelable o no, el texto dice solamente que es apelable la inadmisión, pero no dice nada sobre la admisión. De ahí que algunos, utilizando una técnica argumental dicen así: bueno, pero si ahí dice que es apelable la inadmisión, está diciendo también que es inapelable la admisión. Si usted se pone más cuidadoso y serio, se va a dar cuenta que ahí no dice eso, que usted está diciendo que dice; ahí no lo dice.* (Pág. 181)
>
> *El lenguaje está lleno de esos implícitos y la redacción de las leyes tiene ese grave inconveniente; en la redacción de las leyes a veces no se es suficientemente explícito. Si yo digo que el auto de inadmisión es apelable pero no digo que sólo este es apelable, surge la duda; de haber dicho que sólo es apelable el auto de inadmisión el problema hubiera quedado aclarado. Conviene recordar que estamos trabajando con el problema de la regulación para el juicio ordinario, ahora nos preguntamos: ¿qué ocurrirá en los juicios especiales? Porque en los juicios especiales la cuestión puede tener una solución diferente y además, porque en los juicios especiales el auto de admisión puede tener una mayor relevancia,*

piénsese por ejemplo en el juicio de cuentas, en el que de una vez me ordenan hacer algo (artículo 673 del C.P.C.) mientras que en el juicio ordinario lo que me ordenan es simplemente que cuente el tiempo y venga a plantear las defensas. (Pág. 183)

Sin embargo, es bastante convincente el criterio que excluye la posibilidad de demandar ante los tribunales venezolanos estando pendiente una causa idéntica ante un tribunal extranjero, cuando no es exclusiva la jurisdicción venezolana, no por interpretación *a contrario*; sino porque el demandante interpuso la demanda ante esa jurisdicción, y el demandado citado en ese otro país no opuso la falta de jurisdicción, con lo cual se sometieron a la jurisdicción extranjera.

La cuestión de las causas conexas

La solución podría ser diferente, si no hay identidad de elementos entre los dos litigios. Así lo consideró la Sala Político Administrativa:

Para fundamentar esta cuestión previa, la representación judicial de la parte demandada Banco Consolidado C.A., ha indicado que tanto el proceso judicial que se le sigue en su contra ante esta Sala Político Administrativa, como el procedimiento de moratoria judicial que cursa ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de la Isla de Aruba, tienen identidad en dos elementos de la pretensión, título y objeto.

Ahora bien, si bien es cierto que la institución de la litispendencia tiene como objeto el que se extinga el último de los procesos intentados cuando existe la denominada identidad de los elementos constitutivos de la pretensión, o por lo menos aquel proceso en que se haya citado posteriormente o no se hubiere citado al demandado, no es menos cierto que la Sala no encuentra entre las dos causas alegada identidad, ya que quien ha sido demandada en el proceso que conoce este Máximo Tribunal es el Banco Consolidado C.A., mientras que el proceso judicial seguido ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de la Isla de Aruba, el sujeto pasivo es el Banco Consolidado de Aruba N.V., persona jurídica distinta al demandado en el presente juicio.

Por lo tanto, al no existir coincidencia entre ambos sujetos pasivos de los procesos, es que la cuestión previa de litispendencia alegada por la

demandada no puede prosperar, y por consiguiente debe ser declarada sin lugar. (SPA 29-1-02, dec. Nº 87)

Al resolverse la cuestión mediante el examen de los otros elementos que podrían determinar la exclusión de la jurisdicción venezolana, se aprecia que no siempre la sumisión a la jurisdicción en un proceso determinado implica la sumisión en otro conexo. Así, en una de las negociaciones inmersas en una misma relación comercial, se ha pactado la sumisión a un tribunal o a árbitros extranjeros, este pacto no determina la exclusión de la jurisdicción venezolana en los otros negocios u objetos que tengan como causa el vínculo comercial.

También hay conexidad por identidad de objeto y causa, o sólo por *causa petendi,* y no siendo los mismos sujetos, no podría haber sumisión tácita en nombre del otro que luego demanda en Venezuela.

Litis parciales

No obstante lo dicho, existen analogías que permiten utilizar cuidadosamente la doctrina sobre litispendencia. Carnelutti (1973, I, 411) enseña que el presupuesto de la litispendencia es la identidad de la *litis,* no de las *cuestiones;* por tanto, existirá litispendencia aun cuando ante dos jueces se proponga la litis para la solución de cuestiones diversas; por eso, el proceso parcial puede determinar una pluralidad sucesiva no una pluralidad contemporánea de procesos respecto de la misma litis; dos procesos parciales por la misma litis no pueden coexistir ni ante el mismo juez ni ante jueces diversos.

Por tanto, la excepción de litispendencia tiene un alcance más amplio que la excepción de cosa juzgada; lo juzgado no se extiende más allá de las cuestiones explícita o implícitamente decididas mientras que la litispendencia contempla también las cuestiones no deducidas en el proceso; esto es muy natural, porque si un proceso parcial está cerrado, prohibir que se desarrolle otro sobre otras cuestiones de la litis no sería posible sin dejar abierta la litis; si está todavía abierta es posible, en cambio, incluir en él también las nuevas cuestiones. Por otra parte, la excepción de litispendencia tiene un alcance menos intenso que la excepción de cosa juzgada y también que la excepción de incompetencia porque no

opone ni la inexistencia de un hecho constitutivo ni la existencia de un hecho extintivo de la potestad del juez, sino sólo un hecho impeditivo, como es la pendencia del proceso anterior sobre la misma litis, de manera que la extinción de este último, al eliminar el impedimento, hace renacer aquella potestad. (CARNELUTTI 1973, I, 413)

En los supuestos de litis parciales, no puede iniciarse ante la jurisdicción venezolana un nuevo juicio, para evitar la posibilidad de decisiones contradictorias; pero finalizado el proceso extranjero se podrían discutir en Venezuela cuestiones sobre las cuales no haya recaído cosa juzgada.

JURISPRUDENCIA

SPA 14-12-04, dec. Nº 2822:

"La litispendencia es una institución cuyo objetivo es evitar que dos procesos, en los que exista identidad de los tres elementos de la pretensión, a saber: sujeto, objeto y título o causa petendi, y que cursen ante dos autoridades jurisdiccionales competentes, se dicten sentencias contradictorias. […]
Conforme a lo expuesto, a los fines de determinar si en el caso de autos se verifican los requisitos para la procedencia de la declaratoria de la litispendencia internacional, se observa que la demandada al consignar copia certificada de la petición por disolución de matrimonio con hijo, no acompañó algún otro documento que permitiera a esta Sala analizar si en dicha causa cursante ante un Juez extranjero, se practicó la citación del demandado primero que en la demanda de divorcio incoada ante los tribunales venezolanos o si, posiblemente, aquélla ya no se encuentra pendiente por haber sido decidida definitivamente."

SPA 29-01-02, dec. Nº 87:

"[…]la Sala no encuentra entre las dos causas alegada identidad, ya que quien ha sido demandada en el proceso que conoce este Máximo Tribunal es el Banco Consolidado C.A., mientras que el proceso judicial seguido ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de la Isla de Aruba, el sujeto pasivo es el Banco Consolidado de Aruba N.V., persona jurídica distinta al demandado en el presente juicio."

SPA 18-12-01, dec. 3.011:

"La litispendencia internacional a que alude el artículo 58 de la Ley de Derecho Internacional Privado, es una institución que favorece la economía procesal, y tiende a evitar sentencias contradictorias dictadas por dos tribunales distintos en los cuales se tramita la misma causa. Su procedencia está supeditada a que exista entre esas causas identidad de sujetos, objeto y título; y se requiere, además, que ambos tribunales tengan competencia en la esfera internacional y que la sentencia que se produzca sea susceptible de ser ejecutada en Venezuela."

SPA 06-06-00, dec. Nº 1259:

"[…] la normativa procesal destinada a determinar el ámbito territorial de aplicación de la tutela jurisdiccional que ejercen nuestros Tribunales, atiende de manera prioritaria y, en consecuencia, excluyente, al domicilio del demandado y no al del actor. Es decir, la normativa viene dada por el fuero del demandado, lo que conduce a que el sujeto pasivo de la acción interpuesta tiene derecho a que se le demande ante los Tribunales de su domicilio. […]

En vista de lo expuesto, a los fines de determinar la jurisdicción, no es relevante que la parte actora tenga su domicilio en nuestro país y que el pago se haya establecido en dólares norteamericanos, como sí lo es el hecho de que la demandada tuviese su domicilio en el Canadá y el actor hubiese demandado, previamente a la interposición del presente procedimiento, en la jurisdicción del domicilio de la demandada, es decir, en Canadá, estableciendo así lo que se llama "la sumisión tácita", según lo establece nuestra especialísima y vigente Ley de Derecho Internacional Privado, en su artículo 45, cuando expresa que la sumisión tácita resultará, por parte del demandante, del "hecho de interponer la demanda". Así se decide."

Artículo 5

La competencia no puede derogarse por convenio de las partes, sino en los casos establecidos en este Código y en las leyes especiales.

La doctrina y la jurisprudencia distinguen entre competencia prorrogable –aquella que puede derogarse por convenio de las partes– y competencia improrrogable o de orden público.

De acuerdo con el artículo 60 del Código de Procedimiento Civil, la incompetencia por la materia y por el territorio en los casos previstos en la última parte del artículo 47, se declarará aun de oficio, en cualquier estado e instancia del proceso.

La incompetencia por el valor puede declararse aun de oficio, en cualquier momento del juicio en primera instancia.

La incompetencia por el territorio, con excepción de los casos previstos en la última parte del artículo 47, puede oponerse sólo como cuestión previa, como se indica en el artículo 346.

El referido artículo 47 del mismo Código, establece que la competencia por el territorio puede derogarse por convenio de las partes, caso en el cual la demanda podrá proponerse ante la autoridad judicial del lugar que se haya elegido como domicilio. La derogación no podrá verificarse cuando se trate de causas en que deba intervenir el Ministerio Público, ni en cualquier otro caso en que la ley expresamente lo determine.

Competencia prorrogable y competencia improrrogable

Rengel (1991, I, 301) explica que tradicionalmente se consideraba como inderogables o improrrogables la competencia por la materia y por el valor de la demanda, y se sujetaba a derogación convencional (*pactum de foro prorrogando*) la competencia territorial. Era la llamada

competencia absoluta o de orden público, respecto de la cual los límites de la jurisdicción del juez estaban preordenados a ciertos fines de orden público, con prescindencia de toda consideración de conveniencia o utilidad de las partes; y la competencia prorrogable, relativa o dispositiva, en la cual los límites de la jurisdicción del juez se fijaban en atención a la utilidad de las partes, para facilitar a éstas el acceso a los tribunales más próximos a su domicilio, donde pudieran fácilmente ser aportadas las pruebas de los hechos. En este sistema tradicional, se establecía un paralelismo entre la facultad de las partes y el poder del juez, en el sentido de que a la incompetencia relevable de oficio por el juez correspondía la competencia inderogable por las partes.

En el supuesto de la competencia por el territorio, la prórroga puede ser expresa o tácita:

"Al respecto, es importante aclarar en el caso de autos, que la demanda no versa sobre un derecho real pues, siguiendo el orden del Código Civil, encontramos que indudablemente son derechos reales, la propiedad (llamada también "dominio") el usufructo (el uso y la habitación) el hogar (institución que por cierto no se agota en constituir un derecho real) las servidumbres, la enfiteusis, la prenda, la hipoteca, el derecho de retracto, y los privilegios especiales (no los privilegios generales que en nuestro derecho sólo existen sobre todos los bienes muebles del deudor).

Por otra parte, el artículo 47 del citado Código prevé que la competencia por el territorio puede derogarse por convenio de las partes, salvo cuando se trate de causas en las que deba intervenir el Ministerio Público, o cuando la ley así expresamente lo determine.

Así, al desprenderse de las actas del expediente que las partes eligieron expresamente como domicilio "especial y excluyente" la ciudad de Acarigua, Estado Portuguesa, jurisdicción de cuyos tribunales declararon someterse en caso de controversia.

En consecuencia de lo antes expuesto, el presente caso debe ser sustanciado y decidido por el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo y Agrario del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, con sede en Acarigua, por así convenirlo las partes expresa-

mente, en aplicación del artículo 47 del Código de Procedimiento Civil, y así se decide." (SCS 18-12-00, dec. Nº 69)

Tres tipos de competencia

La evolución doctrinal y positiva en esta materia, alteró el paralelismo indicado, y concluyó en la distinción de tres tipos de incompetencia: la relevable de oficio por el juez en todo estado y grado del juicio (materia y funcionalmente territorial); relevable de oficio por el juez en cualquier momento del juicio en primera instancia (valor) y la relevable solamente por las partes en el primer acto defensivo (territorial ordinaria).

El referido autor (Rengel, 1991, I, 302), añade, citando doctrina italiana, que la inderogabilidad de la competencia territorial en estos casos, se justifica porque el Ministerio Público está dotado en ellos, de ciertos poderes inquisitorios, que no podrían ser eficazmente ejercidos sino en aquella determinada circunscripción territorial, como se ve claramente en los casos de nulidad del matrimonio y de divorcio, en los cuales el fuero competente es el del domicilio conyugal

Causas en las que el Ministerio Público debe intervenir

El artículo 131 *eiusdem* establece cuáles son las causas en las que el Ministerio Público debe intervenir:

1° En las causas que él mismo habría podido promover.

2° En las causas de divorcio y en las de separación de cuerpos contenciosa.

3° En las causas relativas a la rectificación de los actos del estado civil y a la filiación.

4° En la tacha de los instrumentos.

5° En los demás casos previstos por la ley.

Entre estos últimos casos se puede citar la necesaria intervención del Ministerio Público en los juicios de nulidad de un matrimonio (art. 129 CC); las causas de ejercicio ilegal de la profesión de abogado (artículo

31 Ley de Abogados); asuntos referidos a la violencia doméstica y al hostigamiento sexual (artículo 59 Ley de Igualdad de Oportunidades para la Mujer); y diversos procedimientos de protección del niño y del adolescente (artículos 170 y 172 Ley Orgánica de Protección del Niño y del Adolescente).

LA COMPETENCIA FUNCIONAL

Se entienden comprendidas también en esta problemática de la competencia y el orden público, todas aquellas situaciones que infringen las reglas de la llamada competencia funcional, que atienden a la definición y delimitación de atribuciones jurisdiccionales entre los distintos órganos que componen el Poder Judicial de la República (MÁRQUEZ AÑEZ 1984, 94); en tales casos, la competencia es improrrogable.

Tal como lo explica CUENCA (1979, II, 4), a partir de Wach, se distinguió entre competencia *funcional* y competencia *objetiva,* según la función o la materia atribuida a cada tribunal. El término *competencia funcional* fue divulgado por Chiovenda; alude a una competencia por grados, a la organización jerárquica de los tribunales de acuerdo con las funciones específicas encomendadas. Según Chiovenda, cuando la ley confía al juez una función particular, exclusiva, se dice que hay competencia funcional. La característica esencial es la de ser absoluta e improrrogable y aun cuando parece confundirse con la competencia por la materia y por el territorio, es, sin embargo, independiente de ella.

En relación con la competencia funcional para conocer de una apelación, WACH (1977, II, 113) precisa que es imperativo que el tribunal posea la competencia *ratione materiae y loci* del tribunal inferior cuya resolución debe revisar y eventualmente reformar. La delimitación de las competencias es funcional. Es absoluta, no pudiendo ser variada por la voluntad de los sujetos procesales; o sea, el tribunal que entiende del recurso no puede funcionar como tribunal inferior o viceversa.

Al respecto, la Sala de Casación Social decidió:

"A tal efecto, este Tribunal Supremo de Justicia, por no tener la potestad de anular sentencias en los casos que conozca de regulación de competen-

cia, remite la presente causa al juez Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo y con competencia transitoria de Protección al Niño y al Adolescente del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, con sede en Acarigua, quien recibió por primera vez el expediente en alzada en virtud de la apelación interpuesta contra la sentencia que declaró sin lugar la demanda, por tener atribuida la competencia funcional y será éste Tribunal el que deberá declarar la nulidad de todo lo actuado en el proceso con fundamento en las normas y argumentos anteriormente expuestos.

[...]

En consecuencia de lo anterior, deberá el referido Tribunal Superior anular todo lo actuado en el presente proceso y reponer la causa al estado de admisión de la demanda, en conformidad con lo establecido en los artículos 206 y 208 del Código de Procedimiento Civil. Todo ello, en virtud del carácter de orden público que tiene la competencia por la materia y declinar la competencia al tribunal declarado competente anteriormente, es decir, Juzgado de Primera Instancia del Trabajo y Agrario del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, con sede en Acarigua, para que conozca, sustancie y decida en primer grado de la presente causa. Así se decide." (SCS 21-3-02, exp. 01-614, dec. 200)

Otro de los casos de competencia funcional se presenta cuando la ley otorga a un tribunal la competencia excluyente para conocer de determinado asunto. Tal es el supuesto de la competencia para decidir el recurso de invalidación. La Sala de Casación Social, al respecto expresó:

"Ante la decisión de inadmisibilidad del recurso de invalidación y de casación, la Sala cumpliendo con su función pedagógica, considera que antes de pronunciarse sobre la pretensión del demandante, debe advertir, como en efecto advierte al juez de primera instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Lara, que al darle curso, como lo hizo, a un recurso de invalidación contra sentencia ejecutoriada dictada por otro Órgano jurisdiccional, procedió en contravención al contenido y alcance del artículo 329 del Código de Procedimiento Civil, que para mayor inteligencia se le transcribe:

"Este recurso se promoverá ante el Tribunal que hubiere dictado la sentencia ejecutoriada cuya invalidación se pida, o ante el Tribunal que hubiere homologado el acto que tenga fuerza de tal".

Por tanto, en lo sucesivo debe declararse incompetente para conocer sustanciar y decidir, el recurso de invalidación cuando no sea el Tribunal que haya dictado la sentencia ejecutoriada cuya invalidación se pida o no haya dictado acto de autocomposición procesal, por carecer de competencia funcional y por consiguiente facultad de juzgamiento; [...]." (SCC 23-2-01, dec. Nº 13)

Nulidad del fallo dictado por un juez incompetente

De acuerdo con la Sala de Casación Civil, la competencia del órgano jurisdiccional constituye una garantía procesal, y su protección es expresión del derecho a la defensa establecido en el artículo 68 de la derogada Constitución.

"...Por tanto, al ser juzgado por un juez incompetente al formalizante se le ha menoscabado su derecho a la defensa, pues se le ha desconocido un derecho que le es privativo, tal como lo señala el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, que lo constituye el fuero que especialmente ha establecido la Ley para conocer de la apelación que se interpuso contra la sentencia definitiva dictada en primera instancia; todo lo cual condujo a que la Sala declarará la nulidad del fallo recurrido." (SCC 10-8-00, dec. Nº 283)

En otro caso, por tal quebrantamiento consideró inexistente el fallo:

La Sala considera que la omisión del Juzgado Superior en declinar el conocimiento de la causa al Juzgado competente, tradujo la infracción de los artículos 5 y 60 del Código de Procedimiento Civil, pues la competencia, salvo las excepciones legalmente establecidas, es improrrogable y, por otra parte, los jueces deben declinar la competencia en aquellos asuntos cuyo conocimiento no tengan atribuido, y siendo que en el presente caso el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Trabajo y Menores, no era el competente para conocer del asunto de acuerdo con lo previsto en

el ordinal 3º del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, debió dicho tribunal declarar la nulidad del auto del a-quo que le remitió erradamente el expediente.

Por estas razones, la Sala considera que la sentencia recurrida es procesalmente inexistente, lo que determina la inadmisibilidad del presente recurso de casación. Así se decide. (SCC 26-1-01, dec. Nº 01)

La única sentencia inexistente, por disposición legal, es aquella a la cual no han concurrido todos los jueces llamados por la ley, o no esté firmada por todos ellos (art. 246 CPC); el criterio jurisprudencial de considerar inexistentes otros fallos, además de las dificultades teóricas; entre otras, la del principio de la validez formal del fallo –toda sentencia es válida mientras no sea revocada o anulada, salvo expresa disposición legal– encuentra dificultades prácticas: un juez puede considerar válido un fallo, luego de que se declaró inadmisible un recurso y ejecutarlo. Asimismo, un registrador de la propiedad o del registro civil, ante la inadmisibilidad del recurso de casación, puede considerar firme la sentencia y registrarla, al no estar incursa en el supuesto de inexistencia.

Establece el artículo 272 que ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita. Vencido el lapso para ejercer los recursos, o ejercitados infructuosamente éstos sin que la sentencia haya sido anulada, salvo el supuesto legal de inexistencia del fallo, adquiere fuerza de cosa juzgada formal y eventualmente es ley de las partes en los límites de la controversia decidida, y es vinculante en todo proceso futuro; por consiguiente, la casación debe admitir el recurso y anular el fallo, de ser necesario de oficio, por haber sido dictado por un juez incompetente por haberse burlado las reglas de la competencia improrrogable.

Jurisprudencia

SCon 02-06-05, dec. Nº 1076:

"Sin embargo, es preciso enfatizar que, en lo relativo a la competencia en razón de la materia se encuentra interesado el orden público, de allí que como corolario tenemos que esta competencia no es derogable ni relajable por las partes, motivo por el cual en

cualquier estado y grado del proceso podía plantearse tal. Y aun cuando el Juzgado Superior que conocía en grado jerárquico no podía declinar en ese estado, sí podía, en cambio, declarar la nulidad de la sentencia sometida a su conocimiento dada la incompetencia del tribunal de instancia, sobre la base de que la sentencia emitida por un tribunal incompetente por la materia es nula de nulidad absoluta y, en consecuencia, así debió declararlo con la consecuente reposición de la causa al estado de que se dictara nueva sentencia."

SCon 16-03-04, dec. Nº 357:

"[…]la radicación de un juicio es una figura procesal prevista como una excepción a la regla de competencia por el territorio que, a diferencia de la competencia por la materia, es derogable pues no trastoca la idoneidad del Juez, por el contrario la radicación mantiene y preserva –en cambio– las condiciones que dicho Juez debe reunir para administrar justicia (objetividad, independencia e imparcialidad), conforme lo impone el Texto Fundamental, al trasladarle el conocimiento de la causa a un Juez con competencia en la materia pero de otra localidad."

SCC 22-03-02, dec. Nº 25:

"En el sub iudice es procedente la derogación de la competencia en razón del territorio por convenio de las partes, ya que éstas expresamente establecieron como lugar de pago la ciudad de El Vigía, Estado Mérida. En este sentido, se observa que el demandante propuso la demanda ante el juzgado del domicilio escogido por las partes para efectuar el pago de la letra de cambio."

SCS 21-03-02, dec. Nº 200:

"La competencia atribuida por ley a los tribunales de la República en razón de la materia, es de eminente orden público no convalidable bajo ningún otro argumento. […]

Por tanto, reflexionar sobre la noción de orden público es esencial a los fines de comprender la manera cómo la Sala resolverá el conflicto de competencia planteado en el presente juicio.

Según Piero Calamandrei (Estudios Sobre El Proceso Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. Vol. I, p. 140.), los diversos medios de garantía jurisdiccional reconocidos por un determinado ordenamiento positivo, no tienen un valor absoluto e invariable; sino históricamente cambiable y contingente. El mismo concepto de inobservancia del derecho va variando conforme a la importancia social que en un determinado momento histórico se atribuye a los intereses tutelados por una norma. De ello se deriva y así lo ha establecido este máximo Tribunal en numerosos fallos (Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 23 de marzo de 1994), criterio que esta Sala acoge, que el concepto de orden público tiene los caracteres de "relatividad", "variabilidad" y de "graduación", que inevitablemente colocan en manos del Juez su definición concreta, teniendo en consideración los acontecimientos que rodean la época de su emisión y los intereses estadales o sociales que en dicha época sean los que merezcan mayor garantía y protección jurisdiccionales. Por tanto, la relatividad y variabilidad del concepto hacen que sus definiciones concretas queden confiadas al cri-

terio que exprese la jurisprudencia, y a las aplicaciones específicas que de ella surjan. Así, del conjunto de decisiones de los tribunales, puede concluirse que el concepto de orden público varía de acuerdo con la rama del derecho en el cual se utilice. Sin embargo, al no haberse podido abstraer una regla general de los casos concretos resueltos por los tribunales, habrá siempre que acudir a la jurisprudencia para determinar si el cumplimiento de una determinada forma afecta o no al orden público."

SCC 23-02-01, dec. Nº 13:

"Ante la decisión de inadmisibilidad del recurso de invalidación y de casación, la Sala cumpliendo con su función pedagógica, considera que antes de pronunciarse sobre la pretensión del demandante, debe advertir, como en efecto advierte al Juez de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del estado Lara, que al darle curso, como lo hizo, a un recurso de invalidación contra sentencia ejecutoriada dictada por otro Órgano jurisdiccional, procedió en contravención al contenido y alcance del artículo 329 del Código de Procedimiento Civil, que para mayor inteligencia se le transcribe:

"Este recurso se promoverá ante el Tribunal que hubiere dictado la sentencia ejecutoriada cuya invalidación se pida, o ante el Tribunal que hubiere homologado el acto que tenga fuerza de tal".

Por tanto, en lo sucesivo debe declararse incompetente para conocer sustanciar y decidir, el recurso de invalidación cuando no sea el Tribunal que haya dictado la sentencia ejecutoriada cuya invalidación se pida o no haya dictado acto de autocomposición procesal, por carecer de competencia funcional y por consiguiente facultad de juzgamiento; [...]."

SCC 26-01-01, dec. Nº 01:

"La Sala considera que la omisión del Juzgado Superior en declinar el conocimiento de la causa al Juzgado competente, tradujo la infracción de los artículos 5 y 60 del Código de Procedimiento Civil, pues la competencia, salvo las excepciones legalmente establecidas, es improrrogable y, por otra parte, los jueces deben declinar la competencia en aquellos asuntos cuyo conocimiento no tengan atribuido, y siendo que en el presente caso el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, Trabajo y Menores, no era el competente para conocer del asunto de acuerdo con lo previsto en el ordinal 3º del artículo 182 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, debió dicho tribunal declarar la nulidad del auto del a-quo que le remitió erradamente el expediente.

Por estas razones, la Sala considera que la sentencia recurrida es procesalmente inexistente, lo que determina la inadmisibilidad del presente recurso de casación. Así se decide."

SCS 18-12-00, dec. Nº 69:

"Al respecto, es importante aclarar en el caso de autos, que la demanda no versa sobre un derecho real pues, siguiendo el orden del Código Civil, encontramos que indudablemente son derechos reales, la propiedad (llamada también "dominio"), el usufructo (el uso y la habitación), el hogar (institución que por cierto no se agota en constituir

un derecho real), las servidumbres, la enfiteusis, la prenda, la hipoteca, el derecho de retracto, y los privilegios especiales (no los privilegios generales que en nuestro derecho sólo existen sobre todos los bienes muebles del deudor).

Por otra parte, el artículo 47 del citado Código prevé que la competencia por el territorio puede derogarse por convenio de las partes, salvo cuando se trate de causas en las que deba intervenir el Ministerio Público, o cuando la ley así expresamente lo determine.

Así, al desprenderse de las actas del expediente que las partes eligieron expresamente como domicilio "especial y excluyente" la ciudad de Acarigua, Estado Portuguesa, jurisdicción de cuyos tribunales declararon someterse en caso de controversia.

En consecuencia de lo antes expuesto, el presente caso debe ser sustanciado y decidido por el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo y Agrario del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, con sede en Acarigua, por así convenirlo las partes expresamente, en aplicación del artículo 47 del Código de Procedimiento Civil, y así se decide."

SCC 10-08-00, dec. Nº 283:

"Ahora bien, la competencia del órgano jurisdiccional constituye una garantía procesal y su protección es expresión del derecho a la defensa establecido en el artículo 68 de la derogada Constitución. Por tanto, el ser juzgado por un Juez incompetente, tal y como se ha producido en el presente caso, traduce que al formalizante se le ha menoscabado su derecho a la defensa, pues se le ha desconocido un derecho que le es privativo, tal como lo señala el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, que lo constituye el fuero que especialmente ha establecido la Ley para conocer de la apelación que se interpuso contra la sentencia definitiva dictada en primera instancia."

Artículo 6 (derogado)

Si estuviese interesada o se discutiere la jurisdicción de la República, se consultará con la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa la decisión que recaiga y se seguirá el procedimiento contemplado en los artículos 62 y siguientes para la regulación de la jurisdicción.

Ley de Derecho Internacional Privado

Artículo 63. Se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley.

Artículo 57. La falta de jurisdicción del juez venezolano respecto del juez extranjero se declarará de oficio, o a solicitud de parte, en cualquier estado o grado del proceso.

La solicitud de regulación de la jurisdicción suspende el procedimiento hasta que se dicte la decisión correspondiente.

En caso de afirmarse la jurisdicción de los tribunales venezolanos la causa continuará su curso en el estado en que se encuentre; pero la decisión que la niegue deberá ser consultada a la Corte Suprema de Justicia, Sala Político Administrativa, a cuyo efecto se le remitirán inmediatamente los autos; y si ésta confirma se ordenará el archivo del expediente, quedando extinguida la causa.

Es de interés observar que la Ley de Derecho Internacional Privado regresa al sistema establecido en el Código de Procedimiento Civil de 1916, artículo 22, de consulta de la jurisdicción sólo si *dicha jurisdicción resultare desconocida o menoscabada por el fallo;* con la importante diferencia de que en aquella normativa la consulta era con el Tribunal Superior y no con la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia.

ANTECEDENTE EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE 1916

En relación con la antigua disposición, BORJAS (1979, I, 63) ilustra que es atributo de la soberanía de los Estados la administración de la justicia dentro de su territorio. Esa soberanía se ejerce por medio de los poderes públicos, uno de los cuales, y no el menos importante, es el judicial. Toda cuestión, por consiguiente, que roce con la jurisdicción judicial de un Estado, afecta su soberanía; es decir, la esencia de su vida, la condición primordial que lo coloca bajo pie de igualdad con el concierto de las naciones. Concíbese, desde luego, cuánta es la trascendencia de todo fallo en que se niegue o se menoscabe la jurisdicción de la República, porque si llega a causar ejecutoria, siempre podrá ser alegado en casos análogos como un precedente oponible a la Nación por cuantos tengan interés en ello, especialmente por particulares y gobiernos extranjeros. Por ello la ley, a todo evento y velando por la jurisdicción nacional, impone la consulta de tales fallos, aunque no se hayan apelado.

MODIFICACIONES EN LA LEY DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

HERNÁNDEZ-BRETÓN (2001[a], II, 393) explica el cambio respecto al parcialmente derogado artículo 59 del Código de Procedimiento Civil y a la disposición glosada. El artículo 57 de la LDIP amplía el poder de control a todo tipo de causa –cabe anotar como ejemplo la falta de jurisdicción respecto al árbitro extranjero–. La falta de jurisdicción podrá declararse de oficio, o a solicitud de parte, en cualquier estado o grado del proceso –el CPC limitaba la actuación de oficio a los casos en que la controversia se refiriera a bienes inmuebles situados en el extranjero.

A la solicitud de regulación se le atribuyen efectos suspensivos del proceso hasta que se dicte la decisión correspondiente. Sólo si se niega la jurisdicción, los autos se remitirán inmediatamente y de oficio a la Sala Político-Administrativa de la Corte Suprema de Justicia por vía de consulta. En todo caso, incluso cuando el tribunal que conozca del asunto afirme la jurisdicción venezolana, el litigante que se vea perjudicado por la decisión podrá solicitar la regulación de jurisdicción. De confirmarse

la falta de jurisdicción se ordenará el archivo del expediente, extinguiéndose la causa. De afirmarse la jurisdicción de los tribunales venezolanos, la causa continuará su curso en el estado en que se encuentre al dictarse la decisión correspondiente.

Cada legislador limita su función en esta materia a declarar si los tribunales propios tienen o no jurisdicción. No hay, pues, posibilidad alguna de remitir o indicar jurisdicción a tribunales extranjeros. Ello es consecuencia de la diversa estructura y función de las normas sobre jurisdicción. (idem)

Acatamiento jurisprudencial del cambio

La jurisprudencia de la Sala Político-Administrativa ha reflejado el cambio legislativo, negando reiteradamente la consulta sobre la jurisdicción, en aquellos casos en que el juez afirma su función decisoria:

"En relación con la falta de jurisdicción del juez venezolano frente al extranjero, la jurisprudencia había sido constante y reiterada en el sentido de que tanto las decisiones mediante las cuales los tribunales venezolanos afirmaban su jurisdicción para conocer las causas que a ellos se sometían como aquellas en las que la negaban, debían ser consultadas, pues además de las normas antes citadas, el artículo 6 del Código de Procedimiento Civil imponía la revisión de todos los casos en que estuviese interesada o se discutiere la jurisdicción de la República.

Sin embargo, reitera este Máximo Tribunal que el 6 de febrero de 1999, entró en vigencia la Ley Derecho Internacional Privado, la cual establece, respecto de la consulta obligatoria, lo siguiente:

"...En caso de afirmarse la jurisdicción de los Tribunales venezolanos la causa continuará su curso en el estado en que se encuentra al dictarse la decisión, pero la decisión que la niegue deberá ser consultada en la Corte Suprema de Justicia, Sala Político-Administrativa, a cuyo efecto se le remitirán inmediatamente los autos, y si es confirmada se ordenará el archivo del expediente, quedando extinguida la causa".

Analizado el caso concreto a la luz de la disposición parcialmente transcrita, se advierte que el Juzgado Noveno de Primera Instancia del Trabajo

de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas afirmó su jurisdicción para conocer de la controversia planteada respecto al juez extranjero, razón por la cual, en aplicación de la norma antes citada, la decisión de fecha 05 de febrero de 2001 no es objeto de consulta obligatoria (véase en este sentido, sentencia de la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 03 de junio de 1999, caso: BANCO EXTERIOR, C.A. vs. METAL BELFORT, C.A. y BELFORT GLASS, C.A.). No obstante lo anterior, como quiera que ha sido planteado contra la misma el recurso de regulación de jurisdicción, procederá esta Sala a su revisión. (SPA 10-10-01, dec. Nº 2.159)

Por tanto, concluye esta Sala, aplicando el mencionado artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado que, en aquellos asuntos como el presente, le corresponda resolver acerca de la jurisdicción del juez venezolano frente al juez extranjero, sólo en los casos en que el juez declare la falta de jurisdicción tiene consulta y no así la decisión con base en la cual se confirma la atribución que tiene el Poder Judicial para conocer y decidir un caso en concreto. Así se declara.

Ahora bien, visto que en el presente juicio el juzgado a quo afirmó la jurisdicción que tienen los Tribunales Venezolanos para conocer de la causa y por cuanto no hubo, por parte de quien pudiera verse perjudicado por la decisión en cuestión, solicitud de regulación de jurisdicción, de conformidad con el artículo 57 de la Ley de Derecho Internacional Privado, debe esta Sala confirmar la atribución que tiene el Poder Judicial para conocer del presente caso, no teniendo materia sobre la cual decidir respecto a la consulta solicitada por el Tribunal a quo. Así se declara. (SPA 8-5-01, dec. Nº 783)

Artículo 7

Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del mismo.

Principio de la legalidad de los actos

De acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Civil, aprobado en 1986 y vigente desde 1987, el artículo 7º consagra el principio de la legalidad de la forma de realizar de los actos procesales.

Los actos procesales

Si bien cada uno de los actos procesales puede analizarse de manera individual, hay que atender a la vinculación sucesiva que presentan en el proceso, de manera que, como decía Guasp, cada acto es presupuesto de admisibilidad del siguiente (salvo el último) siendo también condición de eficacia del acto precedente (salvo el primero). Así, el procedimiento se convierte en una serie concatenada de actos o, como decía Carnelutti, en la coordinación de varios actos autónomos con vistas a la producción de un efecto jurídico final. (Montero, 2001, 154)

Por tal razón, el mandato del artículo 207 del Código de Procedimiento Civil de acuerdo con el cual la nulidad de actos aislados del procedimiento no acarreará la de los demás actos anteriores ni consecutivos, independientes del mismo, encuentra escasa aplicación en el proceso real, pues la natural sucesión de los actos procesales hace infrecuente el supuesto de acto aislado del procedimiento.

FORMAS EN SENTIDO AMPLIO Y RESTRINGIDO

En sentido amplio, el complejo de requisitos a que están sometidas las conductas procesales, se denominan "formas procesales"; pero en un sentido más restringido y especialmente cuando se trata de examinar individualmente los diversos requisitos a que están sometidas las conductas para que tengan trascendencia jurídica en el proceso, se puede distinguir la forma, como modo de expresión de las conductas, del lugar y del tiempo en que deben realizarse. (RENGEL, 1991, II, 153)

La jurisprudencia ha entendido en ocasiones la disposición comentada en sentido amplio. Así la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, luego de transcribir el referido artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, censuró la creación de un lapso para sentenciar no previsto en la ley:

"Pues bien, la ciudadana juez agraviante, no sólo no dictó la sentencia en el término que prescribe dicho artículo, sino que, además, creó un lapso para sentenciar, no previsto en la ley; y una vez dictada, señaló, que lo hizo dentro del lapso legal, es decir, tempestivamente, por lo que no ordenó su notificación, con lo que cercenó, así, el derecho de la parte agraviada para interponer el recurso de regulación de la competencia, en contra de dicha decisión, y la dejó en completo estado de indefensión, al infringir flagrantemente el artículo 49 del Texto Constitucional y los artículos 7, que establece las formalidades de los actos procesales, 12, atinente a los deberes del juez en el proceso, 14, atinente a la obligación que tiene el juez de ser el director del proceso e impulsarlo, 15, atinente a la garantía del derecho a la defensa y a la igualdad de las partes, 22, atinente a la aplicación preferente de los procedimientos especiales pautados en el Código de Procedimiento Civil por sobre los generales dispuestos en dicho texto legal, y 349, que fija el lapso para dictar la sentencia cuando son opuestas las cuestiones previas a que se refiere el ordinal 1 del 346 eiusdem." (SCon 5-6-01, dec. Nº 958)

En otra ocasión, el juez no se limitó a fijar el modo de realizar una actuación, sino que se apartó totalmente del procedimiento fijado por la ley para estimar e intimar los honorarios profesionales causados en juicio:

"Establece el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil que los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el juez considere idóneas para lograr los fines del mismo.

Por tanto, ante la existencia de disposiciones legales que establecen las vías procesales adecuadas para el cobro de honorarios causados en gestiones judiciales, que consiste en la estimación e intimación de honorarios en el propio expediente, tramitada como incidencia conforme a lo previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil vigente, equivalente al artículo 386 derogado, al cual remite la regla legal transcrita, no cabe fijar un procedimiento diferente, como hicieron los Jueces de la causa y de Alzada, al permitir la acumulación de la reclamación de honorarios profesionales causados en diferentes actuaciones judiciales, para luego tramitar el proceso mediante el procedimiento por intimación." (SCS 21-9-00, dec. Nº 391)

Evolución histórica

Reseña Cuenca (1976, I, 244) la evolución histórica de las formas procesales. En el derecho romano, las fórmulas sacramentales con que las partes debían expresarse en el proceso, durante la época de las Doce Tablas, tienen su origen en la *actio sacramenti* del procedimiento de las acciones de la ley. Los litigantes debían valerse de palabras textuales y no de sinónimos y aun las frases usadas por los ciudadanos romanos no podían ser repetidas por los extranjeros, como sucedía en materia de estipulación, con la pregunta *Spondes*? y la respuesta *Spondeo*. Las ceremonias civiles, las solemnidades religiosas, las frases sacramentales y las ficciones jurídicas usadas en la manumisión vindicta, en la adrogación y adopción, en ciertos modos de adquirir como la *mancipatio*, *cessio in iure*, en ciertos contratos como el *nexum* y la *stipulatio*, las ceremonias del pastel en el matrimonio patricio, de origen etrusco –*confarreatio*–, se hicieron odiosas debido a su excesivo rigorismo y por ello fueron sustituidas por el procedimiento formulario.

En la época de Justiniano las fórmulas sacramentales tienden a desaparecer. Durante la Edad Media subsisten solemnidades religiosas y

ceremonias civiles que más parecen ritos. Pero la lenta y gradual evolución del proceso tiende a eliminar los rigorismos textuales, las frases sacramentales y en el proceso contemporáneo se ha impuesto la necesidad de las formas, sin el rigorismo anterior. Sin embargo, y no obstante los siglos transcurridos:

"En la práctica, nuestro lenguaje forense está plagado de arcaísmos y galimatías, de frases y sentencias rutinarias, derivadas del pendolismo colonial y que es indispensable desterrar de nuestro léxico forense. La falta de dominio por el juez y las partes de la extensión o intención de la ley y la falta de precisión y dominio del lenguaje jurídico, hacen que el juez o el abogado no se sientan seguros en la expresión, sino cuando recurren a frases consagradas por la práctica forense, sin brillo, ni eficacia, como las monedas gastadas por el uso. A lo largo de toda Hispanoamérica circulan profusamente los manuales de formularios que entraban la libertad de forma y la investigación jurídica y de los que se sirven jueces y abogados, como los poetas de los diccionarios de la rima." (CUENCA 1976, I, 247)

En general, esta manera de entender el proceso y, especialmente, las formas procesales, sigue vigente, pero se observan destellos de cambio. Como ejemplo se puede citar el siguiente fallo de la Sala de Casación Civil:

"Ahora bien, en la diligencia estampada en fecha 13 de noviembre de 2001, por el representante judicial del co-demandado, mediante la cual pretende impugnar la recurrida, se expuso: "de conformidad con el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, anuncio que ejerceré el recurso de casación en contra de la anterior sentencia firme, dictada por este tribunal superior, en el presente cuaderno de medidas...".

Si bien el recurrente empleó el verbo en tiempo futuro, esta Sala observa que la intención del diligenciante era anunciar el recurso de casación, anuncio que según lo prevé el artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, no establece formalidad especial para interponerlo, por lo que, el planteamiento del recurrente era impugnar la sentencia del superior, realizándolo en tiempo oportuno.

Como quiera que el fin de ese anuncio era impugnar la sentencia del superior, tal como se expresó ut supra, la Sala no comparte la severa opi-

nión que tuvo el sentenciador de alzada para negar el recurso, ya que el norte de los jurisdicentes debe ser preponderar el espíritu de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo de conformidad a sus artículos 26 y 257, los cuales permiten no sacrificar la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y garantizar una justicia expedita, evitando el exceso de formalismo, ya que ellos obstaculizan la resolución al problema en sí. (SCC 22-3-02, exp. 02-030, dec. 49)

La forma de los actos procesales

Las modalidades del medio de expresión (oral o escrito) del acto procesal constituyen su forma en sentido estricto. También ella debe responder ante todo a la necesidad técnica de que el acto consiga su finalidad y que lo conozca su destinatario. Pero el legislador, en el intento de dar a las actividades procesales orden, claridad, precisión, seguridad de resultados, y de salvaguardar las razones de las personas que pueden estar interesadas en ellos, ha elevado algunas exigencias técnicas a reglas legales y ha subordinado la eficacia de los actos procesales a la observancia de los requisitos de forma prescritos. (Liebman 1980, 168)

La importancia de las formas en el proceso es tal, que muchas veces la inobservancia de ellas produce la pérdida del derecho. Por esta razón, tanto en los sistemas procesales históricos como en los contemporáneos, las críticas se dirigen contra las *formas procesales.*

"Las formas tienen, sí, sus inconvenientes inevitables, pero son necesarias. Quienes consideran solamente las consecuencias perjudiciales que las formas pueden producir en el proceso, son partidarios de la libertad de las formas procesales, y aquellos que miran preferentemente los beneficios que producen las formas a los litigantes, proclaman su necesidad y son partidarios de la legalidad de las formas procesales." (Rengel 1991, I, 175)

En nuestra jurisprudencia podemos encontrar muestras de la aplicación estricta de la legalidad de las formas procesales:

"Estas actuaciones deben realizarse siempre de la forma prevista, sin que se pueda variar, por expresa prohibición del artículo 7° del Código de

Procedimiento Civil, desde luego que ni a las partes ni a los jueces les está dado subvertir las reglas de procedimiento y, en caso de hacerse, todo lo que se realice estará viciado de nulidad, no susceptible de convalidación, ni siquiera con el consentimiento expreso de las partes, por mandato expreso del artículo 212 eiusdem." (SCC 6-10-22. Exp. Nº 00-135, dec. Nº 166. Ratifica sentencia de 30-3-96)

En el vigente sistema legal y constitucional venezolano, se justifica la estricta sujeción a la forma procesal por la necesidad de garantizar a las partes la oportunidad de actuar en el juicio; cualquier modificación del modo, lugar o tiempo de la actuación que lesione las oportunidades de defensa hace al acto ineficaz. Por el contrario, no se puede analizar con rigor una actuación para concluir en su ineficacia, cuando el desvío de la forma establecida no produce ninguna lesión: tal como no se acepta la nulidad por la nulidad misma, tampoco debe aceptarse la ineficacia por el simple desvío de la forma que no conduzca a una alteración del equilibrio procesal o al menoscabo del derecho a la defensa.

En tal sentido se debe resaltar que de haberse realizado irregularmente una actuación de la manera fijada por el tribunal de la causa, no deberá el superior, o en su caso la casación, considerar, sin más, ineficaz el acto porque antes deberá determinar si se menoscabaron las oportunidades de defensa y en tal caso establecer si la forma quebrantada es de orden público. En caso negativo, la parte afectada debió haber reclamado la falta en la primera oportunidad en que se presentó en el proceso, luego del error; y de afectar la deficiencia el orden público, la solución no será entonces la ineficacia del acto; sino su nulidad y la reposición al estado de que se corrijan las faltas cometidas.

NECESIDAD DE LAS FORMAS PROCESALES

La necesidad de las formas se justifica, conforme a tres principios: lealtad en el debate, igualdad en la defensa y rectitud en la decisión. En general, el público se queja de la lentitud de los procesos, atribuye el triunfo o la derrota a argucias dentro del mecanismo procesal; pero en verdad la prescindencia de toda forma acarrearía la injusticia y la arbitrariedad, y aun el derecho anglosajón *(common law)* está sometido no

sólo a formas sino a formalidades de carácter medieval que más parecen ritos. (Cuenca 1976, I, 244)

Alsina (1982, I, 713) explica la necesidad de las formas procesales como una garantía de lealtad en el debate, igualdad en la defensa y la rectitud en la decisión, que exigen un desenvolvimiento del proceso con sujeción a reglas preestablecidas. Esa necesidad ha sido sentida en todos los tiempos, y el modo de satisfacerla ha variado con la cultura de los pueblos. En un principio, las garantías estaban constituidas por el establecimiento de ceremonias o ritos encaminados a impresionar a los litigantes e inspirar a los magistrados con la advocación de las fuerzas divinas. En la actualidad, gracias al progreso del derecho público y a la difusión de los conceptos jurídicos, que han contribuido a la formación de la conciencia jurídica y a la espiritualización de las instituciones, esas garantías han sido substituidas por principios científicos traducidos en reglas que presiden las actuaciones judiciales y se concretan en el derecho positivo.

Función de las formas procesales

Las formas procesales responden a la necesidad de orden, de certeza, de eficiencia, y su observancia garantiza el regular y leal desarrollo del proceso y el respeto a los derechos de las partes (SCC 27-4-2004, dec. 356). En el proceso, la observancia de las formas es mucho más necesaria que en otras actividades jurídicas. Por otra parte, hay que evitar, en cuanto sea posible, que las formas sean un estorbo y un obstáculo a la plena obtención de la finalidad del proceso; es ineludible impedir que la ciega observancia de la forma sofoque la sustancia del derecho. Por eso, el legislador, al regular las formas, que son en gran parte el resultado de una experiencia tradicional que se acumula a lo largo de siglos, debe adaptarlas a la necesidad y a las costumbres de su tiempo, eliminando lo excesivo y lo inútil; y es obligatorio, además, que el intérprete no olvide que las mismas son medios y no fines. "*En estos criterios está informada la ley vigente, que se ha esforzado en contemporizar las diversas exigencias, dictando una regulación de las formas inspirada en salvar en cada caso, en la máxima medida posible, tanto la sustancia del derecho cuanto la certeza de las situaciones procesales*." (Liebman 1980, 169)

INCONVENIENTES DE LAS FORMAS PROCESALES

CALAMANDREI (1973, I, 322) citando la Relación Grandi dice"

"...la historia de las instituciones judiciales demuestra que las formas adoptadas originariamente para alcanzar ciertos fines, tienden a sobrevivir a su función y a permanecer cristalizadas en la práctica aun después de terminada su justificación histórica, como fin en sí mismas". A veces, el valor puramente instrumental de las formas que deberían servir para facilitar la justicia, degenera en formalismo, y las mismas se convierten en objeto de un culto ciego como fórmulas rituales que tienen por sí mismas un valor sacramental (en el lenguaje forense, en efecto, el procedimiento se llama también "rito"). Y, en tales casos, no deja de tener fundamento la repugnancia de los profanos, entre los cuales es común la creencia de que "el procedimiento mata el derecho".

Así, las formas tienen el inconveniente de que imponen una demora en la tramitación de los procesos, elevan su costo; y cuando son excesivas, su existencia sacrifica el derecho substancial, para cuya realización se han establecido. Dos son los intereses a conciliar en esta materia: la celeridad y la seguridad. Por una parte el actor desearía que el proceso tuviera resolución en el plazo más breve posible, para lo cual habrá que despojarlo de formalidades, reduciendo el conocimiento del juez a una simple información sumaria; en tanto que el demandado reclamará la mayor amplitud para el ejercicio de la defensa y estimará lesiva para sus intereses cualquier restricción a ese respecto. Frente a ellos el interés de la sociedad exige que la decisión del juez sea justa, para que llene su función social y restablezca el orden jurídico. (ALSINA 1982, I, 714)

CORRIENTES DOCTRINARIAS DIRIGIDAS A SOLUCIONAR EL PROBLEMA

RENGEL (1991, I, 175) esclarece que libertad y legalidad son las dos posiciones antagónicas que plantean toda la problemática de las formas: la *libertad de las formas,* es decir, la posibilidad de realizar los actos del proceso sin someterse a un complejo de requisitos predeterminados en la ley y dejar al litigante la libre determinación de realizarlos en el modo, lugar y tiempo que considere más apropiado a la defensa de su derecho;

y la *legalidad de las formas,* es decir, la necesidad de realizar los actos siguiendo las reglas previamente establecidas en la ley, que fijan las condiciones de lugar, tiempo y modo de realizar los actos, sin cuya observancia, la actividad realizada no es atendible por el juez y no se alcanza el efecto perseguido por la parte.

Asimismo, demuestra Calamandrei (1973, I, 323) que como natural reacción contra estas degeneraciones formalísticas del proceso aparecen periódicamente en la historia de los institutos judiciales corrientes científicas y legislativas hostiles a las formas procesales: *"junto con el renacido favor por el "derecho libre", y con el creciente descrédito del principio de legalidad en todos los campos, se ha manifestado una cierta tendencia a abolir o a limitar también en el campo de las formas del procedimiento la disciplina legal preconstituida, y a sustituir a ella el poder discrecional del juez, al cual debería ser confiado el oficio de establecer, caso por caso, el procedimiento que considere en concreto que se adapta mejor a la causa singular."*

Así, entre los dos sistemas de la legalidad y de la libertad, se introduciría un tercer sistema que se podría llamar "disciplina judicial de las formas", según el cual las formas procesales no se dejarían sin regulación al arbitrio de las partes, sino que estarían sujetas en todo procedimiento a las reglas especiales fijadas, caso por caso, por el mismo juez ante el cual el proceso se inicia.

En tal sentido, Alsina (1982, I, 714) sostiene que ni el legislador puede prever todas las situaciones posibles en el proceso, ni conviene que lo haga, porque supondría establecer un procedimiento excesivamente rígido que, en la mayoría de los casos, resultaría desproporcionado. Por el contrarío, conviene conceder al juez la facultad de dirigir la marcha del proceso, y cuanto más amplios sean sus poderes en ese sentido, más flexible será el procedimiento.

Regulación legal de las formas procesales: libertad e instrumentalidad

La ley italiana establece pocas reglas de carácter general para disciplinar la forma de los actos procesales. La primera entre todas es aquella que establece el principio de la libertad de las formas:

Libertad de forma. Los actos del proceso para los cuales la ley no requiera formas determinadas, pueden cumplirse en la forma más idónea para que alcancen su finalidad" (art. 121 del Cód. proc. civ.).

Para LIEBMAN (1980, 172) esta norma no tiene, sin embargo, aquel significado general que se podría deducir de su texto, porque para la mayor parte de los actos, la ley regula la forma con disposiciones expresas, y el ámbito en el que puede manifestarse el principio de libertad de las formas es en realidad muy restringido. La regla vale, por eso, más bien como norma de clausura del sistema, en cuanto establece solamente el principio de la libertad para todo lo que no está expresamente regulado. Pero, en otro sentido, el art. 121 es importante, porque establece el principio de la *instrumentalidad de las formas*, que es dominante en toda esta materia; el mismo significa que las formas no tienen un valor intrínseco propio sino que están puestas solamente como un medio para alcanzar plenamente la finalidad de cada acto, por tanto, la necesidad de su observancia debe medirse con el metro de la obtención de esta finalidad.

En favor de la necesidad y, por consiguiente, de la legalidad de las formas procesales, se invoca la exigencia de *certeza* que debe rodear al proceso para que la función jurisdiccional pueda cumplir su cometido.

La exigencia de la certeza del derecho se ha sentido siempre como indispensable para la convivencia social ordenada. El proceso no escapa a esa misma exigencia de certeza:

La lealtad del contradictorio, la igualdad de las partes y la simplicidad del proceso, no podrían alcanzarse si los litigantes no supiesen, anticipadamente, qué actividades deben realizarse para alcanzar la justicia que piden; cómo y cuándo han de realizarlas y en qué condiciones aquéllas son atendibles por el juez. El código de procedimiento, ese instrumento legal que compendia todo el complejo de formalidades que deben cumplirse para obtener justicia, constituye, pues, el manual del litigante, especie de metodología –como le llama Calamandrei–, fijada por la ley para servir de guía a quien quiera pedir justicia.

En todos los sistemas procesales conocidos, predomina la legalidad de las formas procesales; la libertad sólo se admite supletoriamente cuando la

ley no establece expresamente determinada forma para la realización de los actos del proceso. (Rengel 1991, I, 176)

Para Palacio (1993, I, 293), el principio de legalidad de las formas excluye la posibilidad de que las partes convengan libremente los requisitos de lugar, tiempo y forma a que han de hallarse sujetos los actos procesales, requiriendo, por lo tanto, que aquéllas se atengan a los requisitos que determina la ley. Este principio, sin embargo, está limitado por la existencia de las llamadas normas procesales optativas, que acuerdan a las partes la facultad de regular aspectos parciales del proceso.

"Los principios de bilateralidad y de legalidad de las formas tienen raíz constitucional, pues tienden a garantizar la defensa en juicio de la persona y de los derechos, pero esa indiscutible jerarquía del principio exige que sea cuidadosamente medido, para evitar caer en el culto de la forma, tan caro a la rutina de los gremios forenses.

Las formas procesales, en efecto, no son fines en sí mismas, sino simples medios destinados a asegurar la más ordenada y justa solución de los litigios. No existen actualmente discrepancias en el sentido de que las formas son necesarias en la medida en que resultan adecuadas para superar algún riesgo de inseguridad y para consolidar, consecuentemente, el orden que el proceso reclama." (Palacio 1993, I. 295)

Es por ello que en los últimos treinta años ha ganado terreno, de acuerdo con Palacio (idem, 29) tanto en la doctrina como en la legislación procesal, el llamado principio de "instrumentalidad de las formas", que se funda, substancialmente, en la consideración de la idoneidad de los actos procesales desde el punto de vista del objeto que en cada caso están llamados a cumplir. Según este principio, la invalidez o nulidad de los actos del proceso se halla subordinada, como enseña Liebman "*no a la simple inobservancia de la forma, mecánicamente relevada, sino a la relación –verificada en cada caso– entre el vicio y el fin del acto, declarando la nulidad sólo cuando éste, por efecto del vicio, no haya podido lograr su finalidad, de suerte tal de salvar a aquellos actos que fueron realizados en la medida máxima consentida por las exigencias técnicas del proceso*".

Consecuente con este principio, el art. 156 del código procesal italiano dispone: "*no puede pronunciarse la nulidad por inobservancia de formas de ningún acto del proceso, cuando la nulidad no está conminada por la ley. Puede, sin embargo, pronunciarse, cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para conseguir su finalidad. La nulidad nunca puede pronunciarse cuando el acto ha obtenido el fin a que está destinado*".

CUÁL ES EL BUEN SISTEMA

La tendencia de un buen sistema de formas procesales –a decir de RENGEL (1991, I, 177)– debe ser, en esencia, la consagración de formas que no ahoguen la dinámica del proceso; que aun establecidas con rigidez por la ley para la tramitación del proceso, sean formas simples y útiles, en armonía con los tiempos que se viven y con la necesaria celeridad y dinámica del juicio; y en desechar, de tiempo en tiempo, aquellas que perdieron su justificación por responder a necesidades de otras épocas ya superadas, las cuales, de perpetuarse y cristalizarse en un sistema procesal cualquiera, hacen perder al ciudadano común la confianza en la justicia y la adhesión a las instituciones jurídicas.

Desde otro punto de vista (CUENCA 1976, I, 245), el conflicto que suscita la necesidad de las formas estriba en la conciliación de estos dos extremos: por un lado, el deber de sentenciar conforme a la verdad, de manera que la verdad moral y la verdad procesal coincidan hasta donde sea posible; por otro, la celeridad para evitar este litigio moroso que ha sembrado en el pueblo aquella convicción expresada en la máxima de que más vale una mala transacción que un buen pleito. "*Esto explica, dice Chiovenda, por qué la historia de las leyes y de las costumbres forenses nos presenta una eterna pugna entre el sentimiento de la necesidad de las formas y la necesidad de que la justicia intrínseca y la verdad de los hechos en el proceso no sea sacrificada a las formas; entre la necesidad de la celeridad en los litigios y la necesidad de un conocimiento y de una defensa completa*".

Tal vez la solución está en la determinación del término medio adecuado, lo cual, sin embargo, es azaroso porque, como decía Montesquieu, no ha de darse a una parte los bienes de la otra por falta de examen, ni ha de arruinarse a las dos a fuerza de examinar. Un mínimo de *formas será*

siempre indispensable, pero el máximo debe estar condicionado a las exigencias del conocimiento judicial y en ningún caso deberán importar el sacrificio del derecho material. (Alsina 1982, I, 714)

En el sistema venezolano, al menos en la jurisprudencia de la Sala de Casación Social, existe una plena aplicación del principio finalista, que impide declarar la nulidad si el acto ha alcanzado su finalidad, al margen de que incluso, la ley ordene la nulidad:

Creación de la forma por el juez

Añade la disposición comentada que cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el juez considere idóneas para lograr los fines del mismo; es decir, que deberá el juez, como director del debate, determinar cuál es la forma apropiada para su celebración.

En un caso en el cual se omitió la participación al Procurador General de la República de una demanda del trabajo contra una empresa del Estado, la Sala de Casación Civil precisó que no se trata de una prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, contenido de la cuestión previa del ordinal undécimo del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil, pues la disposición legal no niega la acción, sino que somete su ejercicio a una condición procesal, similar a la existencia de una cuestión prejudicial que deba resolverse en un proceso distinto; pero tampoco es posible aplicar el ordinal 8º del referido artículo 346, pues su efecto consiste en la continuación del trámite procesal hasta el estado de sentencia, lo cual, precisamente, está prohibido por el artículo 32 de la Ley Orgánica de Tribunales y de Procedimiento del Trabajo.

"Al no ser directamente aplicable al caso el procedimiento de las cuestiones previas, se deberá tomar en consideración el artículo 7º del Código de Procedimiento Civil, que establece:

"Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales. Cuando la ley no señale la forma para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el juez considere idóneas para lograr los fines del mismo."

Alegado por el patrono en el acto de contestación a la demanda, que no se dio cumplimiento al trámite administrativo previo, el juez deberá abrir una incidencia conforme al artículo 607 del mismo Código:

"Si por resistencia de una parte a alguna medida legal del juez, por abuso de algún funcionario, o por alguna necesidad del procedimiento, una de las partes reclamare alguna providencia, el juez ordenará en el mismo día que la otra parte conteste en el siguiente, y hágalo ésta o no, resolverá a más tardar dentro del tercer día, lo que considere justo; a menos que haya necesidad de esclarecer algún hecho, caso en el cual abrirá una articulación por ocho días sin término de distancia.

Si la resolución de la incidencia debiere influir en la decisión de la causa, el juez resolverá la articulación en la sentencia definitiva; en caso contrario decidirá al noveno día."

En la articulación probatoria podrá el trabajador demostrar que de alguna manera se reclamó al Ente demandado el cumplimiento de las obligaciones laborales pretendidas, de lo contrario el juez deberá suspender el curso de la causa hasta que se acredite el cumplimiento de la respectiva reclamación por la vía administrativa, y es en este sentido que debe entenderse la frase "...no darán curso a la demanda...".

Por ser la suspensión de la causa imputable a la parte actora, dicho lapso de suspensión no se considerará al ajustar el valor de la moneda, en caso de una eventual condena al Ente público demandado a pagar una cantidad de dinero por los conceptos demandados.

La solución expuesta equilibra el derecho del trabajador, con la posibilidad de la Administración de solucionar el conflicto con economía de tiempo y dinero y es, por tanto, la adecuada para dar cumplimiento a la ley y a las normas constitucionales antes citadas. (SCS 13-7-00, dec. Nº 263)

CONSTITUCIÓN Y FORMAS PROCESALES

GÓMEZ DE LIAÑO (2000, I, 144) nos introduce en el tema de la regulación constitucional de las formas procesales, o mejor, en la influencia que tienen los principios constitucionales en la interpretación de las normas procesales. Los actos procesales han de ir revestidos de una serie

de requisitos referidos a sus formalidades. Su finalidad es garantizar el efecto que con ellos quiere lograrse, debiendo, en el momento presente, enfocarse el tema de los requisitos de los actos procesales bajo la orientación constitucional de alejamiento de todo formalismo que impida la defensa de los derechos en litigio; si bien debe resaltarse el papel de los requisitos de los actos procesales en la ordenación del proceso, nunca pueden convertirse en obstáculo que impida injustificadamente un pronunciamiento sobre el fondo.

En Venezuela, de acuerdo con el principio de que no puede ser declarada la nulidad por la nulidad misma, la doctrina de la Sala de Casación Civil indaga si el acto sometido a impugnación satisface o no el fin práctico que persigue; en caso afirmativo, la orientación es declarar la legitimidad del acto. Este principio, recogido en la parte final del artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, dispone que en ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado. Los dos supuestos legales de nulidad, textual y virtual, quedan comprendidos en la expresión "en ningún caso".

Dicho principio adquirió rango constitucional, al garantizar el nuevo Texto Fundamental, en su artículo 26, una justicia sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, por su parte, ha establecido con vista a las disposiciones de la nueva Constitución, por aplicación del principio finalista y en acatamiento a la orden de evitar reposiciones inútiles, que no se declarará la nulidad de la sentencia recurrida, si la deficiencia concreta que la afecta, no impide determinar el alcance subjetivo u objetivo de la cosa juzgada, no hace imposible su eventual ejecución, o no viola el derecho de las partes a una justa resolución de la controversia.

"En ese orden de ideas, la decisión de la Sala deberá considerar en forma previa el fundamento de lo decidido por la Alzada, para determinar si las denuncias que se formulan son capaces de alterarlo, o si impiden por omisión de pronunciamiento o de fundamentos, el control de la legalidad; y antes de declarar la nulidad del fallo por defectos en su forma intrínseca,

será necesario examinar si el mismo, a pesar de la deficiencia, alcanzó su fin, el cual no es otro que resolver la controversia con fuerza de cosa juzgada, posibilidad de ejecución y suficiente garantía para las partes." (SCS 15-3-00, dec. Nº 48)

Normas constitucionales venezolanas

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su artículo 2 establece que Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de *Derecho y de Justicia*, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, *la justicia*, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político.

Derecho y Justicia

No es simplemente un Estado de Derecho, sino que añade el valor Justicia; no es una simple reiteración, sino que se opta por una de las vías doctrinales. Nos explica Aragoneses (1960, 217) que se ha hablado de la justicia en sentido subjetivo (como sentimiento, hábito o virtud moral) y de la justicia en sentido objetivo (como idea o como valor ideal); en otro aspecto, existe un significado vulgar, pero impropio de la justicia, y un significado propio, en el primero de los cuales, justicia es sinónimo de Derecho o de aplicación judicial del Derecho; en sentido propio, sinónimo de justicia ultralegal, con contenido autónomo e independiente, en cierto modo, del Derecho.

Si, como sostiene el gran procesalista (Aragoneses 1960, 215), el proceso debe servir para conseguir que la sentencia sea justa, o al menos, para conseguir que la sentencia sea menos injusta, o para que la sentencia injusta sea cada vez más rara, debemos considerar que siendo el fin público del proceso la realización del derecho, el valor Justicia, *de cierto modo,* está más allá del Derecho, lo informa, lo corrige. Nuestra Constitución propugna un Estado de Derecho, pero no cualquier Estado de Derecho, sino un Estado de Derecho justo.

Dentro de ese Estado de Derecho y de Justicia, el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las

leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales (art. 257 CRBV).

Al establecer la normativa constitucional (art. 26 CRBV) el derecho a acceder a la justicia, ordena:

"El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles."

En el estudio del tema de las formas procesales, hay que armonizar la disposición transcrita con la garantía del derecho al debido proceso: El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas (art. 49 CRBV). Frente al derecho a la celeridad que tienen las partes en un proceso, se encuentra el derecho de ambas al debido proceso legal. Para Couture (1979, I, 24), la acción es una expresión del derecho constitucional de petición; esto es, el derecho a acudir ante el funcionario, en este caso, al juez, y a obtener pronta respuesta. "*Desde el punto de vista del demandado, ya no se trata de determinar en qué medida corresponde al actor la libertad de comparecer ante la autoridad, sino de saber cuál debe ser el comportamiento de la autoridad frente al demandado, dijimos. Entre la libertad de acudir ante la autoridad de parte del actor y la libertad de defenderse, existe un paralelo tan íntimo que constituye la estructura misma del proceso.*"

Frente a los derechos de uno están los del otro, quien no lo aprecie así tendrá una visión hemipléjica, no sólo del proceso, sino de la sociedad. El filósofo contemporáneo Karl Popper (2006) lo explica de manera muy expresiva, con el ejemplo del juez prudente, quien ante el alegato del matón acerca de su libertad de mover los puños en cualquier sentido, respondió que tal libertad está limitada por la posición de la nariz de su vecino.

Con estas reflexiones volvemos al planteamiento del justo término, la necesidad de proporcionar certeza y por tanto seguridad a las partes en el proceso, sin incurrir en inútiles formalismos.

Justicia y Seguridad

Siempre siguiendo a Aragoneses (1960, 224), son muchos los autores que enfrentan la justicia a la seguridad. Castán afirma que si bien la contraposición entre justicia y seguridad tiene un indudable fondo de verdad, ello sólo ocurre en tanto no se pretenda separar radicalmente sus términos desconociendo que el fin de la seguridad jurídica está comprendido en el concepto y fin más amplio de la Justicia; es decir, que no se puede concebir la seguridad como opuesta a la justicia.

En el mismo sentido resuelve la contraposición Recasens Siches (1956, 285), al decir que sin un mínimo de certeza y seguridad jurídica no puede reinar la justicia en la vida social, ya que no puede haber justicia donde no hay orden, por lo que la certeza y la seguridad jurídica, aunque inferiores en rango a otros valores como la justicia y el bien común, constituyen también valores que en alguna medida condicionan la posibilidad de valores más altos.

La justicia humana no es absoluta, total; sino parcial, fraccionada. En el proceso esta característica se observa con especial relieve en el ámbito del derecho procesal. Ejemplo típico es la exigencia de la congruencia de las resoluciones, que impide al órgano jurisdiccional resolver fuera de los límites señalados por las partes, aunque las consecuencias que se deriven de los hechos sometidos a su enjuiciamiento sean distintos e incluso más favorables en justicia a lo pretendido. (aragoneses 1960, 222)

Justicia y equidad

Diversas normas constitucionales ordenan aplicar la equidad en la resolución de los conflictos. Así, en materia inquilinaria (art. 178 CRBV) ordena aplicar criterios de *equidad*, justicia y contenido de interés social; la Ley Orgánica Procesal del Trabajo estará orientada por los principios de gratuidad, celeridad, oralidad, inmediatez, prioridad de la realidad de los hechos, la *equidad* y rectoría del juez en el proceso (Disposición Transitoria Cuarta, Nº 4).

De acuerdo con la doctrina seguida (Aragoneses 1960, 234), a la equidad se le atribuye, aparte de las significaciones opuestas a un sistema de reglamentación previa (la equidad como justicia extralegal, como

justicia de aplicación discrecional, intuitiva, natural o ideal) el carácter de justicia corregida o singularizada, que corresponde a la dirección aristotélico-escolástica que se ofrece en una doble manifestación: la clásica concepción de Aristóteles, que concibe la equidad como un correctivo aportado a la justicia legal para su aplicación a la especie concreta, y la que da a la equidad un alcance más amplio, considerándola como criterio general de adaptación del derecho a las relaciones de hecho, o en otras palabras: la equidad como modo de integración de las lagunas en el caso atípico y la equidad como corrección del derecho.

En nuestro sistema de justicia encontramos jueces de equidad, en el sentido de justicia de aplicación discrecional, nuestros jueces de paz; y el artículo 13 del comentado Código de Procedimiento Civil al establecer que el juez decidirá el fondo de la causa con arreglo a la equidad, cuando las partes, de común acuerdo, así lo soliciten y la controversia se refiera a derechos disponibles, se refiere a la decisión no sujeta a las normas de derecho, o como dice Aragoneses, justicia de aplicación discrecional, intuitiva, natural o ideal.

Ahora bien, el sentido del término equidad en nuestra Constitución es el aristotélico, en sus dos vertientes: adaptación del derecho a las circunstancias del hecho juzgado, y equidad como corrección del derecho.

No podemos aplicar la norma procesal siguiendo sólo una interpretación en abstracto de su contenido; es necesario observar, para mantener a las partes en sus derechos, el efecto en el caso concreto. Si una determinada interpretación lesiona sin razón la oportunidad de una justa resolución del conflicto deberá ser rechazada. La razón válida de tal lesión sólo puede ser el derecho de mayor rango, en el caso concreto, de la parte contraria, si no se trata de un simple formalismo prohibido por la Constitución.

El supuesto que ofrece mayores dificultades es aquel en el que, existiendo una reglamentación previa por disconformidad con los motivos del legislador al entender que tal reglamentación es injusta o inicua, se discute sobre la posibilidad de una función correctora, o, en otros términos, de una equidad *contra legem* (Aragoneses 1960, 237). El gran

procesalista citado sigue a Castán (La formulación judicial del Derecho), al plantear las diversas posibilidades de aplicación de la equidad contra el texto de la ley:

"1°. Norma defectuosa por contradicción con los dictados de una Ley de superior rango legislativo (leyes inconstitucionales, costumbres contra legem, reglamentos ilegales, etc.).

2°. Norma defectuosa por contradicción con otra norma de vigencia simultánea (antinomias legales).

3°. Ley defectuosa por expresión indeterminada, que a su vez puede serlo, bien por expresión incompleta o bien por expresión ambigua.

4°. Ley defectuosa, por discrepancia entre su sentido gramatical y su espíritu (expresión impropia).

5°. Norma defectuosa e inadecuación de ella para disciplinar casos comprendidos dentro de su ámbito propio.

6°. Norma defectuosa por inadaptación a las exigencias sociales del momento en que ha de ser aplicada.

7°. Norma defectuosa por contradicción con los imperativos de la justicia o lo que es igual, del derecho natural." (Pág. 238)

Las posibilidades arriba señaladas, están relacionadas con el actual planteamiento de que las normas legales deben interpretarse conforme a la Constitución y con la posición del filósofo neokantiano Gunther Patzig, para quien el imperativo categórico –actúa sólo de acuerdo con aquella máxima que podrías desear se convirtiese en ley universal– no es, en realidad un criterio de valor para las acciones, sino para sus características; por lo tanto, para valorar la acción debemos sopesar cuál de sus características es relevante o tiene preeminencia sobre otra. Así, se aleja el filósofo de las interpretaciones de obediencia ciega a la autoridad, que tanto dolor causaron al género humano. Se puede mentir para salvar una vida. (Patzig 1976, 58-60)

Es posible apartarse de una norma procesal si obviamente conduce a que no se pueda alcanzar el fin del proceso: la justicia, si se determina que las características del caso lo permiten e incluso, lo obligan.

Interpretación de las normas procesales conforme a la Constitución

De acuerdo con la Constitución, todos los jueces de la República, en el ámbito de sus competencias, están obligados a asegurar la integridad de la Constitución; en caso de incompatibilidad entre la Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspondiendo a los tribunales en cualquier causa, aun de oficio, decidir lo conducente.

Al respecto ha precisado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, que todos los órganos judiciales tienen la potestad, primero, de observar directamente las normas constitucionales o de aplicar las reglas del ordenamiento jurídico desde una interpretación conforme con aquéllas; segundo, de desaplicar las normas legales o sublegales contrarias a ésta; tercero, de asegurar la integridad de la Constitución, y cuarto, de salvaguardar los derechos y garantías constitucionales. (SCon 19-7-01, dec. Nº 1.269)

"Hay que hacer notar, en ese sentido, que este fenómeno de la reinterpretación del ordenamiento jurídico a los efectos de su plena adaptación no sólo a las reglas explícitas, sino también a los principios y valores constitucionales –al cual no es ni puede ser ajeno este Tribunal Supremo de Justicia– parte del principio de la supremacía constitucional, plenamente consagrado en nuestra vigente Carta Fundamental (artículo 7). El mismo es ya tradicional en los ordenamientos europeos, y determina la adopción de novedosos mecanismos hermenéuticos; uno de ellos, el conocido en la doctrina constitucional española como "interpretación conforme a la Constitución", a fin de adecuar el derecho positivo preconstitucional a los nuevos postulados de la Carta Magna. De allí que el hecho de que en el presente caso se mantenga la vigencia de la Ley de Universidades, no significa que su interpretación necesariamente deba ajustarse a los parámetros imperantes durante la vigencia de la Constitución de 1961." (SE 14-5-02, dec. Nº 90)

No es exacta la referencia del origen europeo (continental) del principio de supremacía constitucional. Procede del derecho anglosajón, y

los países latinoamericanos lo conocieron e hicieron suyo antes de su recepción por dicho derecho europeo continental, concretamente por el derecho alemán, a raíz de las guerras mundiales. En Venezuela, desde la primera Constitución –1811– se estableció la supremacía de la Carta Fundamental. Ya en 1877, Sanojo escribió que el juez tiene el derecho, o más bien el deber de desatender una ley opuesta a la Constitución; sin embargo, a pesar de que muy temprano en el desarrollo de nuestro procedimiento, en el Código de Procedimiento Civil de 1897, aparece la norma que obliga al juez a aplicar preferente el texto constitucional cuando la ley colide con éste, entre nosotros es común la creencia "*en el juez autómata heredero de la Revolución Francesa, personaje explicable sólo por razones históricas circunstanciales que hoy en día resultan inaplicables a la realidad*". (RODRÍGUEZ URRACA 1968, 218-219)

Nuestra Constitución recoge los principios generales que rigen la conciencia y delimita los derechos del hombre y del ciudadano. Si bien, la interpretación conforme al sentido general del Derecho tropieza con la dificultad de precisar, en forma concreta, el sentido de lo justo en cada caso particular, la determinación podemos hacerla con auxilio del texto constitucional.

No puede una ley contrariar la Constitución, ni en su letra ni en su espíritu, por tanto los derechos y garantías constitucionales deben ser el norte que guíe nuestra interpretación e integración del Derecho. Entre varias interpretaciones posibles debe optarse por aquella que garantice esos derechos, aun cuando no sea la más apegada al texto legal, y si no es posible, insistimos, interpretar la ley de manera que no se lesionen los derechos constitucionales, debemos entonces desaplicarla, pues para ello tiene facultad nuestro juez. (MEJÍA 1992, 188)

En la materia tratada, las formas del procedimiento, la Ley debe en concreto interpretarse de manera tal que garantice la igualdad de las partes en el proceso y el derecho al debido proceso legal; cualquier interpretación contraria a estos principios es inconstitucional y obviamente errada.

Jurisprudencia

SCC 27-4-04, dec. 356

"Toda la compleja serie de actos que se realizan en un proceso está sujeta, para que puedan producir el efecto al cual están destinados, a una serie de exigencias, pues las formas procesales responden a una necesidad de orden, de certeza, de eficiencia, y su escrupulosa observancia representa una garantía del derecho de defensa de las partes. En otras palabras, los requisitos procesales son modelos legales que se proponen a la actividad del proceso para que produzca su propósito: garantía de un desarrollo legal que respete los derechos de los litigantes."

SCC 18-2-04, dec. Nº 52:

"Este constituye un claro ejemplo en que las formas procesales y su depuración, no pueden anteponerse a la necesidad de proteger de forma eficaz e inmediata situaciones jurídicas infringidas, con el objeto de evitar que la misma sea irreparable, como ocurre con la acción de amparo constitucional.

Aplicar en procedimientos especiales formas procesales previstas para trámites de otra naturaleza, significa dejar sin justificación la existencia de dichos procedimientos y hacer nugatorio su objetivo, como ocurriría si en los procedimientos de amparo constitucional se estableciera la posibilidad de promover cuestiones previas que den lugar a incidentes procesales y mayores dilaciones, que en definitiva se refieran a una situación jurídica irreparable por la demora en su protección."

SCon 19-12-03, dec. Nº 3679:

"Al respecto, resulta oportuno indicar que el proceso y los actos procesales del mismo se encuentran regulados por la ley, razón por la cual, el Juez debe acogerse a ellas, ya que de conformidad con lo establecido en el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, resulta evidente que el proceso venezolano se encuentra investido del principio de la legalidad de las formas procesales, atendiendo a la necesidad de realizar los actos en el tiempo en que el legislador ha estimado suficiente para ello, al considerar que ese y no otro es el que brinda las garantías debidas a las partes, de allí que, cuando la ley no señale la forma y el lapso para la realización de algún acto, serán admitidas todas aquellas que el Juez considere idóneas para lograr los fines del mismo, siendo ello así, lo fundamental es que el acto logre el fin para el cual estaba llamado en el proceso, tomando en cuenta solamente las formas esenciales que se requieran para que las partes gocen de sus respectivos derechos en dicho proceso."

SCon 9-10-02, dec. Nº 2403:

"Dentro del conjunto de garantías que conforman la compleja noción del debido proceso, entendido en su sentido formal, se encuentra el derecho de toda persona a ser juzgada de acuerdo con el procedimiento judicial establecido con anterioridad en la ley, ello en virtud del principio de legalidad de las formas procesales que rige en ordenamientos jurídicos como el venezolano, donde está excluido el principio de libertad de las formas procesales. Tal garantía, atiende al mismo tiempo al principio de seguridad jurídica que ha de regir las relaciones jurídicas existentes entre los particulares

y entre éstos y el Estado, específicamente, en cuanto a la determinación previa de las vías judiciales que deberán seguirse en aquellos casos en los que surjan conflictos con motivo de dichas relaciones, que deban ser dirimidos en definitiva por los órganos jurisdiccionales competentes.

El reconocimiento de tal garantía como constitutiva del debido proceso formal, implica la imposibilidad de, por ejemplo, si se intenta una demanda de resolución por incumplimiento de un contrato de venta garantizado con reserva de dominio, seguir un procedimiento distinto al establecido en la Ley de Venta con Reserva de Dominio, o que si se demanda la reparación de daños ocurridos con motivo de un accidente de tránsito, se sustancie un procedimiento distinto al previsto en el Decreto Ley de Tránsito y Transporte Terrestre, o si se demanda el cumplimiento de una obligación de pagar una cantidad de dinero garantizada con hipoteca, cumplidos los requisitos exigidos para ello, no se siga el procedimiento establecido en el Capítulo IV del Título II, Libro Cuarto, del Código de Procedimiento Civil." […]

De acuerdo con lo establecido en la Constitución y en la ley procesal común, los Jueces de la República, al momento de admitir, tramitar y decidir la controversia sometida a su consideración, deben, pues, actuar ajustados a lo dispuesto en las disposiciones adjetivas aplicables al caso, pues en caso contrario estarían vulnerando el principio de legalidad de las formas procesales, al subvertir el orden procesal establecido en la ley, y en consecuencia estarían actuando fuera de su competencia, con evidente abuso de poder. En consecuencia, es criterio de esta Sala que la admisión de una demanda por un procedimiento distinto al establecido de manera expresa en la ley para el trámite de la misma, resulta contraria al debido proceso, y que, de acuerdo con las infracciones a derechos constitucionales que se denuncien y ante la inexistencia de vías procesales idóneas para que el agraviado pueda impugnar oportunamente la actuación lesiva, puede el amparo constitucional ser una vía idónea y adecuada para restablecer la situación jurídica infringida."

SCC 06-10-02, dec. Nº 166:

"Estas actuaciones deben realizarse siempre de la forma prevista, sin que se pueda variar, por expresa prohibición del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, desde luego que ni a las partes ni a los jueces les está dado subvertir las reglas de procedimiento y, en caso de hacerse, todo lo que se realice estará viciado de nulidad, no susceptible de convalidación, ni siquiera con el consentimiento expreso de las partes, por mandato expreso del artículo 212 eiusdem".

SCC 31-05-02, dec. Nº 60:

"En el caso in comento, se evidencia que el anuncio del recurso no fue claro y preciso, pero esto no justifica negarlo, ya que ello significaría sacrificar la justicia, menoscabar principios como el debido proceso y el derecho a la defensa por un formalismo procesal, que en todo caso, alcanzó su fin, ya que el anuncio del recurso de casación es un acto procesal mediante el cual las partes pueden manifestar la voluntad de ejercer una facultad que la Ley concede a ellas -en este caso- la de hacer uso del medio extraordinario de impugnación. Por tanto, esta Sala considera que en el sub iudice

la manifestación de voluntad de recurrir en sede de casación existe, a pesar de que el recurrente no manifestó con precisión que anunciaba recurso de casación."

SCon 05-06-01, dec. Nº 958:

"Pues bien, la ciudadana Juez agraviante, no sólo no dictó la sentencia en el término que prescribe dicho artículo, sino que, además, creó un lapso para sentenciar, no previsto en la ley; y una vez dictada, señaló, que lo hizo dentro del lapso legal, es decir, tempestivamente, por lo que no ordenó su notificación, con lo que cercenó, así, el derecho de la parte agraviada para interponer el recurso de regulación de la competencia, en contra de dicha decisión, y la dejó en completo estado de indefensión, al infringir flagrantemente el artículo 49 del Texto Constitucional y los artículos 7, que establece las formalidades de los actos procesales, 12, atinente a los deberes del Juez en el proceso, 14, atinente a la obligación que tiene el Juez de ser el director del proceso e impulsarlo, 15, atinente a la garantía del derecho a la defensa y a la igualdad de las partes, 22, atinente a la aplicación preferente de los procedimientos especiales pautados en el Código de Procedimiento Civil por sobre los generales dispuestos en dicho texto legal, y 349, que fija el lapso para dictar la sentencia cuando son opuestas las cuestiones previas a que se refiere el ordinal 1 del 346 eiusdem."

SCS 21-09-00, dec. Nº 391:

"Por tanto, ante la existencia de disposiciones legales que establecen las vías procesales adecuadas para el cobro de honorarios causados en gestiones judiciales, que consiste en la estimación e intimación de honorarios en el propio expediente, tramitada como incidencia conforme a lo previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil vigente, equivalente al artículo 386 derogado, al cual remite la regla legal transcrita, no cabe fijar un procedimiento diferente, como hicieron los Jueces de la causa y de Alzada, al permitir la acumulación de la reclamación de honorarios profesionales causados en diferentes actuaciones judiciales, para luego tramitar el proceso mediante el procedimiento por intimación."

Artículo 8 (derogado)

En los casos de aplicación del Derecho Internacional Privado, los Jueces atenderán primero a los tratados públicos de Venezuela con el Estado respectivo, en cuanto al punto en cuestión; en defecto de tales tratados, aplicarán lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprende de la mente de la legislación patria, y en último lugar se regirán por los principios de dicho Derecho aceptados generalmente.

Ley de Derecho Internacional Privado

Artículo 1º

Los supuestos de hecho relacionados con los ordenamientos jurídicos extranjeros se regularán, por las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.

Aspectos generales

La disposición transcrita de la Ley especial sustituyó el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, al establecer el orden de las fuentes de Derecho Internacional Privado en Venezuela. Para Hernández-Bretón (2001[c], II, 56), aun cuando la Ley de Derecho Internacional Privado muestra en esta disposición su originalidad, también se nota la recepción de las disposiciones de la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado (Montevideo 1979).

En cuanto a la primacía de los tratados como fuente de Derecho Internacional Privado, la norma se mantiene igual, salvo la referencia

al Derecho Internacional Público, al cual pertenecen antes y ahora; la diferencia entre ambas reglas se observa en que se precisa la aplicación en segundo término de las normas venezolanas de Derecho Internacional Privado, en lugar de la referencia general a *lo que sobre la materia dispongan las leyes de la República o lo que se desprende de la mente de la legislación patria*. Al respecto, es de observar que la Ley de Derecho Internacional Privado derogó en su artículo 63, ya transcrito, *todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley*. Por último, determina la nueva norma la que *a falta de ellas, se utilizará la analogía y, finalmente, se regirán por los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.*

El Derecho Internacional Privado se nutre de fuentes de procedencia estatal y fuentes de procedencia internacional. En 1929, el Tribunal Permanente de Justicia (predecesor de la Corte Internacional de Justicia de La Haya) estimó que las normas de Derecho Internacional Privado *"...pueden ser comunes a Estados e incluso establecerse por medio de tratados o costumbres, teniendo en este último caso el carácter de un verdadero derecho internacional regulador de las relaciones entre los Estados..."*. (Madrid 2002, 199)

En sentido general, explica MADRID, no existe dentro del ordenamiento jurídico internacional ninguna norma jurídica válida para todos los sujetos de Derecho Internacional Público que establezca cuales son las fuentes de esta importante rama del Derecho. Lo que hay es una disposición específica, contenida en un tratado determinado que consagra ciertos actos que pueden ser considerados fuentes del Derecho Internacional Público, a los fines exclusivos de ese acuerdo. Se trata del artículo 38 del Estatuto de la referida Corte Internacional de Justicia, el cual establece las herramientas a las que puede recurrir ese tribunal para hallar las normas jurídicas internacionales aplicables a un litigio sometido a su consideración:

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a) Las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes.

b) La costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho.

c) Los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

d) Las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medios auxiliares para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59 (obligatoriedad de la decisión sólo para las partes).

Esta disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir el litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convienen. (Madrid 2002, 208)

Posible vigencia de otras normas de orden interno

La especialidad de la materia parece hacer entender que el orden de aplicación, de acuerdo con la ley venezolana, es el siguiente:

1º Los tratados válidamente celebrados por la República;

2º La Ley de Derecho Internacional Privado;

3º La aplicación analógica de los tratados y de la Ley de Derecho Internacional Privado;

4º La analogía *iuris*, es decir, los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.

Ahora bien, surge la duda sobre la vigencia de las disposiciones legales en materia de Derecho Internacional Privado, que regulen cuestiones no previstas por la ley especial. A pesar del tajante precepto de nulidad, parece dudoso que haya estado en la mente del legislador, o que sea el sentido de la ley derogar disposiciones legales no sustituidas por la nueva ley; por consiguiente, cabe pensar que existen reglas legales de influencia en el Derecho Internacional Privado que se mantienen vigentes, y la misma LDIP deja a salvo lo dispuesto en la Ley de Arbitraje Comercial. Estas reglas regirán con preferencia a la aplicación analógica de los tratados y de la Ley especial, o a los principios generales del Derecho Internacional Privado.

Similar criterio es utilizado por MAEKELT (2001, 19) para determinar en concreto qué normas ha derogado la Ley de Derecho Internacional Privado:

"En cuanto a las derogatorias (artículo 63 de la Ley) dos son los criterios que se tomaron en cuenta para establecer la derogación de normas vigentes en materia de Derecho Internacional Privado: la fórmula general utilizada por el artículo 63 de la Ley en el cual "se derogan todas las disposiciones que regulen la materia objeto de esta Ley", es decir, todas las disposiciones referentes al Derecho Internacional Privado, cualquiera que sea su ubicación legislativa (códigos, leyes especiales, etc.); y la excepción a esta regla general, que consiste en lo siguiente: i) se mantiene la vigencia de las normas de Derecho Internacional Privado incluidas en instrumentos jurídicos de carácter especial, cuando las mismas no violan disposición alguna de la Ley de Derecho Internacional Privado; ii) se mantienen las normas que regulan supuestos de hecho no contemplados en esta última.

Veamos los ejemplos. El artículo 483 del Código de Comercio somete la capacidad para obligarse por una letra de cambio a la ley nacional de quien se obliga y, además, consagra el reenvío de segundo grado y la excepción de la lex in favore negotii. Este artículo queda derogado por la nueva Ley por cuanto modifica la ley personal, es decir, sustituye la nacionalidad por el domicilio, consagra los reenvíos de primero y segundo grado, rechazando todos los demás y establece la excepción de la lex in favore negotii con un carácter general. Evidentemente, el artículo 483 es contrario a las disposiciones de la Ley de Derecho Internacional Privado y, en lo que al reenvío se refiere, la nueva regulación es más amplia por consagrar dos tipos de reenvío y ser de carácter general.

Al contrario, la nueva Ley no derogará el artículo 3 de la Ley que Regula y Fomenta la Multipropiedad y el Sistema de Tiempo Compartido, salvo la remisión al artículo 10 del Código Civil, por cuanto la disposición no es contraria a lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley de Derecho Internacional Privado que sustituyó el nombrado artículo 10, y se refiere a un supuesto especial relativo a los contratos de multipropiedad y tiempo compartido, no previsto en dicha Ley.

Fuera de estas excepciones, todas las demás normas referentes al Derecho Internacional Privado, incluidas las de Derecho Procesal Internacional, están derogadas por la Ley del 6 de agosto de 1998."

En cuanto al orden de prelación de las fuentes del Derecho Internacional Privado, es necesario reiterar la primacía constitucional. Cualquier disposición de rango subconstitucional y los tratados lo son, cederá ante la aplicación directa por los jueces de la norma constitucional.

Tratados celebrados por Venezuela

Los tratados válidamente celebrados por la República son fuente de primer orden del Derecho Internacional Privado, por tanto resulta útil precisar cuáles convenios en la materia rigen en Venezuela.

Tal como lo explica Maekelt (2001[b], II, 93), la evolución del Derecho Internacional Privado en Venezuela se relaciona directamente con los procesos de su codificación internacional e interna. La autora hace referencia a los Acuerdos Bolivianos de 1911; el Tratado de Derecho Internacional Privado, conocido como Código Bustamante aprobado en la Sexta Conferencia Panamericana, celebrada en La Habana, Cuba, 1928, y hace notar que a partir de 1975, año en que comienza la nueva fase de codificación interamericana, Venezuela es uno de los países más activos en el proceso de codificación en América. Muchos de los proyectos discutidos en las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho Internacional Privado han sido elaborados con su participación.

La misma autora, en obra anterior (Maekelt, 1995) incluye el texto de los siguientes tratados suscritos y ratificados por Venezuela, que constituyen fuente primordial de Derecho Internacional Privado:

Fuentes generales:

Tratado de Derecho Internacional Privado (Código Bustamante). La Habana, 1978.

Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, Montevideo, 1979.

Derecho Procesal Civil Internacional:

Acuerdo sobre Ejecución de Actos Extranjeros (Acuerdo Boliviano). Caracas, 1911.

Protocolo sobre Uniformidad del Régimen Legal de los Poderes. Washington, 1940.

Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Ciudad de Panamá, 1975.

Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero, Ciudad de Panamá, 1975.

Convención Interamericana sobre Régimen Legal de Poderes para ser utilizados en el Extranjero. Panamá, 1975.

Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Montevideo, 1979.

Convención Interamericana sobre Prueba e Información acerca del Derecho Extranjero. Montevideo, 1979.

Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias. Montevideo, 1979.

Protocolo Adicional a la Convención Interamericana sobre Recepción de Pruebas en el Extranjero. La Paz, 1984.

Tratado que crea el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena. Cartagena, 1979.

Convenio de La Haya relativo a la Notificación o Traslado en el Extranjero de Documentos Judiciales y Extra judiciales en Materia Civil o Comercial. La Haya, 1965.

Convenio de La Haya relativo a la Obtención de Pruebas en el Extranjero en Materia Civil o Mercantil. La Haya, 1970.

Convención de las Naciones Unidas sobre Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Nueva York, 1958.

En 1998, Venezuela ratificó la Convención de La Haya para suprimir la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, 1961. (Cf. Maekelt 2001, II, 95)

Derecho Civil Internacional:

Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Nueva York, 1.990.

Decisión 351 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena del Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos. Lima, 1.993.

En 1996 Venezuela ratificó la Convención de La Haya relativa a la Protección del Niño y la Cooperación en Materia de adopción Internacional (1993) y la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (1980). (Idem)

Derecho Comercial Internacional:

Protocolo sobre la Personalidad jurídica de las Compañías Extranjeras. Washington, 1936.

Decisión 289 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena sobre Transporte Internacional de Pasajeros por Carretera. Lima, 1991.

Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sobre Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías. Lima, 1991.

Decisión 292 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sobre Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas. Lima, 1991.

Decisión 344 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, sobre Régimen Común de la Propiedad Industrial, Santa Fe de Bogotá, 1993.

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Letras de Cambio, Pagarés y Facturas. Ciudad de Panamá, 1975.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Ciudad de Panamá, 1975.

Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Cheques. Montevideo, 1979.

Convención Interamericana sobre Sociedades Mercantiles. Montevideo, 1979.

En 1995 Venezuela ratificó la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales, 1994. (Idem)

La costumbre como fuente de Derecho Internacional Privado

Además de la Constitución, los Tratados, la propia Ley, directamente aplicados, u observados por analogía o de acuerdo con los principios generales que de ellos emanan, Madrid (2002, 217) acota que en materia de Derecho Internacional Privado, especialmente en materia de Derecho Mercantil internacional, la costumbre juega un rol importantísimo. Se refiere a la denominada Lex mercatoria, y así lo acepta la Ley de Derecho Internacional Privado venezolana al permitir la actuación de la Lex mercatoria, conformada por "...las normas, las costumbres y los principios del Derecho comercial internacional, así como los usos y prácticas de general aceptación" (Art. 31 LDIP).

La jurisprudencia y la doctrina como fuentes de Derecho Internacional Privado

Por último, debemos referirnos a la jurisprudencia y la doctrina de los tratadistas como trascendental fuente material del Derecho Internacional Privado, que si bien no fija el marco obligatorio de la aplicación del derecho, lo nutre de contenido, le da sentido a las disposiciones legales, contribuyendo, además, a salvar el abismo entre la regla general abstracta y el caso particular, concreto.

La intervención de la doctrina de los tratadistas de Derecho Internacional Privado ha sido de suma importancia para determinar los principios y los sistemas aplicables a la resolución de los conflictos entre leyes; y en este sentido, ha orientado a la jurisprudencia, la cual se ha hecho permeable a los criterios científicos y ha estado presente en el proceso de elaboración de las legislaciones nacionales y de la codificación internacional. (Bonnemaison 1999, 82)

Tal vez las decisiones del Tribunal Supremo de Justicia que más frecuentemente se refieren al orden de las fuentes del Derecho Internacional Privado, son aquellas que recaen sobre el pase o exequátur de las decisiones judiciales extranjeras a ser ejecutadas u observadas en Venezuela.

Al respecto, la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha reiterado que el análisis de toda solicitud de exequátur debe hacerse a la luz del Derecho Procesal Internacional. En tal sentido, para el juez se torna indispensable atender al orden de prelación de las fuentes con el fin de decidir el caso concreto. En Venezuela, dicho orden se encuentra establecido en el artículo 1º de la Ley de Derecho Internacional Privado, vigente desde el 6 de febrero de 1999, de la siguiente manera: en primer lugar, deben revisarse las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular, las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela; en su defecto, se aplicarán las normas de Derecho Internacional Privado venezolano; y, finalmente, en aquellos casos en que no existan tratados ni normas de derecho interno que regulen la materia, se aplicarán las fuentes supletorias, vale decir, la analogía y los principios de Derecho Internacional Privado generalmente aceptados.

"En el caso de autos, ante la ausencia de tratado entre Venezuela y los Estados Unidos de América que regule de manera específica la eficacia de las sentencias extranjeras, deben entonces aplicarse las disposiciones contempladas en el Capítulo X de la Ley de Derecho Internacional Privado (De la Eficacia de las Sentencias Extranjeras) y, particularmente, el artículo 53 de ese texto legal, que derogó parcialmente el contenido de los artículos 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil, ambos relativos al procedimiento de exequátur." (SPA 5-3-02, exp. 0292, dec. 398)

Ahora bien, no obstante el principio de irretroactividad de la ley, muchas de las reglas de la Ley de Derecho Internacional Privado son de carácter procesal y se aplican de inmediato, aun a los procesos en curso:

"En el caso de autos, se solicita que por el procedimiento de exequátur se declare la fuerza ejecutoria en la hoy República Bolivariana de Venezuela de una sentencia dictada por el Tribunal del Condado de Willesden, Gran Bretaña (Inglaterra) país que no es Estado contratante ni del Con-

venio Boliviano (1911) ni de la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros (1979) tratados vigentes para Venezuela en esta materia. Por consiguiente, de conformidad con lo establecido en la disposición anteriormente transcrita, deberán aplicarse al caso de autos las normas de Derecho Internacional Privado venezolano, consagradas, en primer término, en la referida Ley especial, cuyo Capítulo X (De la Eficacia de las Sentencias Extranjeras) derogó parcialmente las disposiciones contenidas en el Código de Procedimiento Civil, relativas al proceso de exequátur.

Debe esta Sala aclarar que la presente solicitud fue interpuesta y tramitada bajo la vigencia de las normas derogadas; no obstante, tratándose de una materia que encuadra dentro del ámbito del Derecho Procesal, se impone la aplicación del principio constitucional según el cual "...Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso;..."(artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) principio también previsto en el artículo 9 del Código adjetivo. En consecuencia, procederá esta Sala Político Administrativa al análisis del fallo extranjero a la luz de los requisitos exigidos por el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado." (SPA 23-3-00, dec. Nº 627)

Por otra parte, en ausencia de tratados con el país donde se dictó la sentencia cuyo pase se solicita, además de la ley interna, pueden aplicarse los principios generales que emanan de un tratado no suscrito por ambas partes, tal como se hace en la decisión que se transcribe a continuación, con la advertencia de que fue dictada antes de la entrada en vigencia de la Ley de Derecho Internacional Privado:

"Como conclusión de lo precedentemente enunciado, la normativa aplicable para el supuesto planteado es la que emerge del citado artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual, dada la nacionalidad venezolana del menor, según el artículo 9 del Código Civil, en concordancia con el artículo 69 del Código Bustamante, el derecho aplicable es el venezolano. Hemos aludido al artículo 69 del Código Bustamante, pero únicamente utilizándolo como principio generalmente aceptado de

Derecho Internacional Público, es decir, independientemente de su aplicación como tratado, ya que como tal, el mismo no rige frente a los Estados Unidos de Norteamérica. (SPA 11-11-98, dec. Nº 759)

Jurisprudencia

SCC 11-05-05, dec. Nº 256:

"Dicho orden de prelación aparece claramente expuesto en el artículo 1° de la Ley de Derecho Internacional Privado, en los términos siguientes:

[…]Dicha disposición ordena, en primer lugar, la aplicación de las normas de Derecho Internacional Público sobre la materia, en particular las establecidas en los tratados internacionales vigentes en Venezuela. En el caso de autos, se solicita que por el procedimiento de exequátur se declare fuerza ejecutoria en la República Bolivariana de Venezuela, de una sentencia dictada por un Tribunal de la República Federal de Alemania, país con el que Venezuela no ha suscrito tratados internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias; por tal razón, y siguiendo el orden de prelación de las fuentes en la materia, se impone la aplicación de las normas de Derecho Internacional Privado Venezolano."

SPA 05-03-02, dec. Nº 398:

"El análisis de toda solicitud de exequátur debe hacerse a la luz del Derecho Procesal Internacional Privado. En tal sentido, para el Juez se torna indispensable atender al orden de prelación de las fuentes con el fin de decidir el caso concreto. […]

En el caso de autos, ante la ausencia de tratado entre Venezuela y los Estados Unidos de América que regule de manera específica la eficacia de las sentencias extranjeras, deben entonces aplicarse las disposiciones contempladas en el Capítulo X de la Ley de Derecho Internacional Privado (De la Eficacia de las Sentencias Extranjeras) y, particularmente, el artículo 53 de ese texto legal, que derogó parcialmente el contenido de los artículos 850 y 851 del Código de Procedimiento Civil, ambos relativos al procedimiento de exequátur."

SPA 23-03-00, dec. Nº 627:

"Esta Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ha venido sosteniendo de manera pacífica y reiterada que toda solicitud de exequátur impone su análisis dentro del marco del Derecho Procesal Civil Internacional debiendo, el órgano jurisdiccional llamado a conocer y decidir dicha solicitud –tal como debe procederse en todos los casos donde estén presentes elementos de extranjería relevantes–, atender a lo dispuesto por las fuentes en materia de Derecho Internacional Privado y observar, para su aplicación, la jerarquía de las mismas.

[…]Debe esta Sala aclarar que la presente solicitud fue interpuesta y tramitada bajo la vigencia de las normas derogadas; no obstante, tratándose de una materia que encuadra dentro del ámbito del Derecho Procesal, se impone la aplicación del principio constitucional según el cual "...Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso;..."

(artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela), principio también previsto en el artículo 9 del Código adjetivo. En consecuencia, procederá esta Sala Político Administrativa al análisis del fallo extranjero a la luz de los requisitos exigidos por el artículo 53 de la Ley de Derecho Internacional Privado."

SPA 11-11-98, dec. Nº 759:

"Como conclusión de lo precedentemente enunciado, la normativa aplicable para el supuesto planteado es la que emerge del citado artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, en virtud del cual, dada la nacionalidad venezolana del menor, según el artículo 9 del Código Civil, en concordancia con el artículo 69 del Código Bustamante, el derecho aplicable es el venezolano. Hemos aludido al artículo 69 del Código Bustamante, pero únicamente utilizándolo como principio generalmente aceptado de Derecho Internacional Público, es decir, independientemente de su aplicación como tratado, ya que como tal, el mismo no rige frente a los Estados Unidos de Norteamérica."

Artículo 9

La ley procesal se aplicará desde que entre en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en este caso, los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Artículo 24. Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron.

Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o rea.

La disposición constitucional transcrita podría entenderse, por interpretación *a contrario,* en el sentido de que sólo el valor de las pruebas penales ya evacuadas subsiste al cambio de legislación, o al menos que no existe protección constitucional a los actos probatorios ya realizados, y la ley podría establecer su falta de validez. Sin embargo, la irretroactividad de la ley procesal impide la aplicación de una nueva ley a la valoración de las pruebas civiles o de cualquier índole, formadas bajo el régimen de una ley anterior.

La jurisprudencia de casación, en relación con la aplicación de leyes procesales sucesivas, ha determinado, siguiendo a Sánchez Covisa, que el ordenamiento jurídico venezolano corresponde a aquéllos en los cuales el principio de la irretroactividad de la ley es un precepto constitucional, lo que no obsta que leyes ordinarias contengan normas transitorias

especiales cuyo contenido no podrá contradecir en ningún caso, como es lógico, el mencionado imperativo constitucional.

"Por consiguiente, en tales órdenes jurídicos se aplicará en todo caso, el principio de irretroactividad. Se aplicará asimismo, cuando existan, las normas transitorias especiales que contengan las leyes ordinarias, con la importante salvedad de que tales normas podrán reglamentar para el caso en cuestión el principio constitucional, podrán prescribir una aplicación paulatina de la ley a los casos concretos, mas no podrán infringir, desde ningún punto vista el principio de irretroactividad." (SCC 8-2-02, dec. Nº 101)

IRRETROACTIVIDAD E INMEDIATA APLICACIÓN DE LA LEY PROCESAL

Explica MARCANO RODRÍGUEZ (1960, I, 39) que las leyes de procedimiento no son retroactivas, porque ellas no anulan, ni modifican, ni reforman los actos jurídicos ya cumplidos antes de su promulgación; no ven hacia atrás, sino que se incorporan a la marcha de los asuntos para regirlos en el estado en que se hallen para el momento de su vigencia; en una palabra, son los procesos los que se encuentran con la nueva ley, no ella la que retrocede para imponerles sus ordenamientos.

Una ley no es retroactiva sino cuando altera, modifica o destruye un acto consumado. De aquí, que los actos de sustanciación y las incidencias de un proceso en curso, unos pueden estar regidos por la ley antigua y otros continuar rigiéndose por la ley nueva. La primera ha dejado de ser, pero con ella no han desaparecido los actos cumplidos durante el tiempo en que tuvo fuerza obligatoria; la segunda comienza en el punto en donde la otra concluye, y, por consiguiente, los actos en formación y los futuros entran bajo su disciplina.

La ley, además de establecer la inmediata aplicación de la ley procesal, aclara que los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior.

SÁNCHEZ COVISA (1976, 239), al explicar el tema general de la irretroactividad de la ley, nos dice que la validez de los hechos con relevancia

jurídica –o sea, su capacidad de producir efectos– se regirá por la ley vigente en el momento en que sucedieron.

Por otra parte, el momento preciso en que un efecto jurídico se ha producido, el momento en que ha nacido una obligación concreta a cargo de una persona y a favor de otra, es el de la exigibilidad jurídica de la misma, y no el de su realización material efectiva o el de accionamiento ante los Tribunales (ib. 245).

Es muy importante para resolver las cuestiones concretas de aplicación temporal de leyes sucesivas, el denominado "tercer requisito de la irretroactividad" el cual Sánchez Covisa enuncia así: *la ley no regula las consecuencias futuras de supuestos de hechos pasados, es decir, no afecta a los efectos jurídicos producidos después de su vigencia, cuando tales efectos son consecuencias de un hecho anterior* (ib. 251).

Este último principio no es absoluto, pues una ley de orden público puede afectar los efectos futuros de hechos pasados:

"Los efectos jurídicos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor de una nueva ley y se deriven de hechos anteriores a ella, quedan sometidos a una nueva ley, en lo que ésta contiene normas de orden público, y quedan sometidas a la ley antigua, en todo aquello en que la nueva ley contiene normas de derecho voluntario, que suplen, complementan e interpretan la voluntad de los particulares.

Esta fórmula podría expresarse también de la siguiente manera, la cual, además, de ser más breve, nos parece de técnica:

Una nueva ley se aplicará o no a las relaciones en curso, según sus preceptos sean o no de orden público, es decir, según no sean o sean modificables por la voluntad de los particulares." (ib. 254)

Como las leyes procesales en general son de orden público –en el sentido utilizado por la autoridad citada, opuesto a normas de derecho dispositivo– pueden afectar los efectos futuros de hechos pasados.

Sin embargo, este principio tiene un límite en la propia voluntad de la ley: "tiene, naturalmente, plena facultad para limitar su esfera de acción,

determinando, de manera expresa o tácita, que se aplicará solamente a las relaciones que se formen en lo sucesivo (ib. 256). Así procede el Código de Procedimiento Civil, al ordenar que los efectos procesales de los actos ya realizados, no verificados todavía, se rijan por la ley anterior.

Concluye SÁNCHEZ COVISA en que el principio de irretroactividad no impone otra limitación al legislador que el respeto a la existencia o inexistencia jurídica de los supuestos de hecho pasados (requisito primero) y el respeto a los efectos pasados de tales hechos (requisito segundo), pero lo deja en plena libertad de acción en lo que respecta a las relaciones actuales y futuras. A ello debemos añadir que, en los casos en que el legislador no pretende afectar a las relaciones actuales, el principio de irretroactividad impone al juez la obligación de aplicar la ley anterior a tales relaciones (requisito tercero) (ib. 257).

JURISPRUDENCIA

SCon 31-3-06, dec. Nº 707:

Al entrar en vigencia la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, la segunda instancia, en el fallo impugnado del 25 de julio de 2003, aplicó la normativa procesal nueva sin respetar lo ya tramitado y sentenciado; por lo que de manera retroactiva impuso la norma de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo a un proceso cuyos actos eran firmes por ajustarse a la ley vigente para la época del fallo de la primera instancia.

Reitera en esta oportunidad la Sala lo sostenido en fallo del 19 de febrero de 2004, caso: Tavsa, en el cual se señaló lo siguiente:

"…Conforme al artículo 24 constitucional las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia, aún en los procesos que se hallaren en curso.

Considera la Sala que por leyes de procedimiento se entienden las procesales en general, y no las que se refieren sólo a trámites y actos procesales.

Sin embargo, es necesario hacer una distinción entre los trámites prefijados (procedimiento) y las instituciones que rigen al proceso y a que dichas leyes pueden referirse.

Los trámites y actos procesales realizados, necesariamente se mantienen, así una nueva ley procesal contemple nuevos trámites o actos, o los simplifique. Las actuaciones acaecidas conforme a la ley que las regía cuando tuvieron lugar, si reunieron las exigencias legales, no son nulas, y por tanto siguen siendo válidas.

Pretender anularlas en base a la nueva ley, sería reconocer un efecto retroactivo a ésta, que lo prohíbe el citado artículo 24 constitucional. Dicha norma prohíbe en general la retroactividad de la ley, y con respecto a las leyes procesales no es que ordene se apliquen con efectos hacia el pasado, sino que se apliquen de inmediato a la fecha de su vigencia, es decir de allí en adelante.

Ahora bien, las leyes procesales pueden contener disposiciones que transformen o extingan instituciones procesales, como la acción o la jurisdicción, o que inciden sobre el proceso, como ocurriría –por ejemplo– con las pruebas.

Si la nueva ley extingue la acción, o el proceso en desarrollo, o modifica requisitos de la jurisdicción, el proceso en curso necesariamente se ve afectado por dichos cambios, sin que pueda continuar vivo cuando la propia ley –que se aplica de inmediato– lo extingue, o lo modifica esencialmente. No se trata en estos supuestos de aplicación retroactiva, sino de dar cumplimiento a lo pautado por la ley nueva con respecto al proceso.

Pero con otras instituciones procesales que no extinguen la acción, ni el proceso, ni modifican la jurisdicción, la solución no puede ser igual, ya que conforme a la nueva ley el proceso continúa vivo, desarrollándose en sus diversos estadios, y lo sucedido en él mantiene la validez que tenía, ya que no existen vicios en el mismo ni en la aplicación de las instituciones que fueron ordenando dicho proceso. Al no tratarse de la "muerte" de la acción o del proceso, o la modificación de la jurisdicción, el proceso válido continúa en desarrollo, respetándose todo lo actuado que se ciñó a las instituciones vigentes en el tiempo en que el tracto procesal se desenvolvió.

En el caso de autos, el proceso se desenvolvió dentro de un concepto sobre litis consorcio activo, que se plasmó en sentencias; y mal puede un juez que lo conoce en aplicación de una nueva ley, que varía el concepto y la institución, pero que no extingue el proceso, ordenar su reposición a etapas superadas, o anular lo ya ocurrido en un proceso válido, cuyo devenir fue regido por instituciones eficaces y vigentes para la época de su desarrollo".

Como se dijo en el fallo inmediatamente citado, cuando la ley procesal nueva, se aplica hacia situaciones ya existentes, no es que la ley procesal se aplica de inmediato, sino que se hace con efectos retroactivos.

En vista de que la Sala ha verificado la aplicación retroactiva de una norma, lo que prohíbe el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, declara con lugar la presente acción de amparo, por lo cual se anula el fallo accionado y se ordena la reposición de la causa para que un Juzgado Superior distinto pero de la misma categoría dicte nueva sentencia conforme a lo aquí establecido.

SCon 05-05-04, dec. Nº 818:

"De lo anterior se verifica que los hechos debatidos en el juicio para reclamar el derecho de retracto legal arrendaticio ocurrieron en 1999, por lo tanto, debían ser regulados por la normativa vigente para ese momento, es decir, por el Decreto Legislativo sobre Desalojo de Viviendas, publicado en la Gaceta Oficial nº 29.727 el 5 de febrero de 1972, y el hecho de que la demanda se interpusiera, el 27 de junio de 2000, en nada afecta lo antes dicho, porque la aplicación inmediata de las leyes procesales (artículo 24 de la Constitución) no debe confundirse con su aplicación retroactiva. […]

De lo anterior se deduce que la ley tendrá efectos retroactivos cuando se aplique a hechos consumados y hechos en curso anteriores a su entrada en vigencia, mientras que la ley tendrá efectos inmediatos cuando se aplique a hechos futuros y a situaciones jurídicas todavía en curso luego de su entrada en vigencia."

SCC 08-02-02, dec. rh 18

Es claro, pues, que el ordenamiento jurídico venezolano acoge el sistema italiano respecto de la perención, de conformidad con el cual ésta opera de pleno derecho y, por tanto, se consuma por el sólo transcurso del tiempo previsto en la ley, y una vez declarada surte efectos no desde esa oportunidad, sino a partir del momento en que operó la perención, pronunciamiento este que sólo reafirma un hecho ya cumplido.

En consecuencia, una vez consumada y declarada la perención produce efectos desde que ésta operó, por lo que tanto los hechos jurídicos: transcurso del tiempo sin impulso de las partes, como sus efectos: extinción del proceso, se rigen por las normas procesales vigentes para la época en que éstos se verificaron.

Sobre este particular, es oportuno citar el artículo 24 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual dispone:

"Ninguna disposición legislativa tendrá efecto retroactivo, excepto cuando imponga menor pena. Las leyes de procedimiento se aplicarán desde el momento mismo de entrar en vigencia aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en los procesos penales, las pruebas ya evacuadas se estimarán en cuanto beneficien al reo o rea, conforme a la ley vigente para la fecha en que se promovieron. Cuando haya dudas se aplicará la norma que beneficie al reo o rea.". (Resaltado y negrillas de la Sala).

Asimismo, el artículo 9 del Código de Procedimiento Civil de 1986, es aún más explícito, establece:

"La ley procesal se aplicará desde que entre en vigencia, aun en los procesos que se hallaren en curso; pero en este caso, los actos y hechos ya cumplidos y sus efectos procesales no verificados todavía, se regularán por la ley anterior." (Resaltado y negrillas de la Sala).

Y en particular, respecto de la perención, entre las disposiciones transitorias del Código de Procedimiento Civil, el artículo 944 dispone que: "Las perenciones de la instancia que hubieren comenzado a correr desde la vigencia de este Código, se regirán por el Código bajo cuyo imperio principiaron; pero si desde que este Código estuviere en observancia, transcurriere todo el tiempo en él requerido para las perenciones, surtirán éstas su efecto, aunque por el Código anterior se requiera mayor lapso".

Las disposiciones citadas son acordes con los principios que rigen en materia de intertemporalidad de las leyes, con el objeto de solucionar los conflictos en aplicación de leyes sucesivamente vigentes.

Sobre este particular, el Dr. Joaquín Sánchez Covisa, en su obra "La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano", señala:

"...Existe una norma fundamental en el Derecho intertemporal de todos los países, que es la de que los actos y relaciones de la vida real se regulan por la ley vigente en el momento en que se llevan a cabo. Esta regla, formulada por la doctrina en la forma "tempus regit actum", es perfectamente paralela a la regla de Derecho intertemporal "locus regis actum". (OMISSIS)

...El problema que se plantea en el Derecho intertemporal... es precisamente, la determinación de ese "tempus" en el cual tiene su punto de apoyo cada relación jurídica.

La regla citada es una creación de la doctrina y no se formula de una manera directa

en el Derecho positivo, pero viene, por lo general, implícitamente expresada a través de uno de los dos preceptos siguientes: "las leyes no tienen efecto retroactivo", es decir, las leyes no rigen las relaciones jurídicas cuya vida se ha desarrollado en tiempos anteriores a su vigencia; o bien, "las leyes no afectan a los derechos adquiridos", es decir, la nueva ley no afecta a los derechos que se adquirieron antes de su entrada en vigor.
El origen histórico de esta regla es la vieja norma de Derecho Romano "Leges et constituciones futuris certum est dare forman negotiis, non ad facta praeterita revocari".
Además de esta regla, que afecta a cualquier especie de leyes y que, por su misma generalidad, es fuente constante de dificultades, existen otras reglas especiales, que afectan a determinados sectores del orden jurídico. Tal es el caso de las normas que establecen reglas intertemporales especiales para el Derecho procesal y, más destacadamente, para el Derecho Penal, en el cual rige ordinariamente la norma excepcional complementaria que establece la retroactividad de las leyes penales más favorables al reo.
Por último, muchas leyes, contienen, por lo común bajo la rúbrica de "disposiciones transitorias", normas especialísimas de Derecho intertemporal, que resuelven los conflictos que suscita la entrada en vigor de la ley en cuestión.
Ahora bien, cómo se integran estas diversas normas de Derecho intertemporal en un orden jurídico positivo?.
Pueden distinguirse tres sistemas esenciales... (OMISSIS)
Tercer Sistema: Corresponde este último sistema a aquellos ordenamientos jurídicos en los cuales el principio de la irretroactividad de la ley es un precepto constitucional, lo que no obsta para que contengan en leyes ordinarias normas transitorias especiales, cuyo contenido no podrá contradecir en ningún caso, como es lógico, el mencionado imperativo constitucional.
Por consiguiente, en tales órdenes jurídicos se aplicará en todo caso, el principio de irretroactividad. Se aplicará asimismo, cuando existan, las normas transitorias especiales que contengan las leyes ordinarias, con la importante salvedad de que tales normas podrán reglamentar para el caso en cuestión el principio constitucional, podrán prescribir una aplicación paulatina de la ley a los casos concretos, mas no podrán infringir, desde ningún punto vista el principio de irretroactividad... (OMISSIS).
Este tercer sistema(...) corresponde(...) al Derecho Positivo Venezolano... (OMISSIS).
Es clásico el texto de Merlín, en el cual se afirma que el problema de la no retroactividad de las leyes es el más difícil de la ciencia del derecho(...)
el origen de muchas dificultades es la diversidad de significados que unos y otros autores han atribuido a la noción de retroactividad o a la noción de derechos adquiridos(...)
Con el propósito de evitar tales confusiones, adoptamos nosotros la posición de considerar que el derecho adquirido y la retroactividad de la ley son el aspecto subjetivo y objetivo de un mismo fenómeno.
En consecuencia, será un derecho adquirido aquel que no pueda ser vulnerado por la ley sin incurrir en retroactividad. A la inversa una ley será retroactiva cuando vulnere derechos adquiridos(...)

Es, por ende, un problema perfectamente ocioso discriminar la prioridad o preeminencia de uno otro concepto. Entre el derecho adquirido u la norma no retroactiva existe la misma relación que entre el derecho subjetivo y el derecho objetivo. Ambos son dos perspectivas de una misma realidad: la primera, desde el punto de vista de las facultades asignadas al sujeto de derecho; y la segunda, desde el punto de vista del orden normativo.
Hoy predomina la tendencia de estudiar los problemas de Derecho intertemporal atendiendo a criterios objetivistas –la noción de retroactividad– y no a criterios subjetivistas –la noción de derecho adquirido–.
Estimamos nosotros que el criterio encarnado en la tendencia objetivista marcha de acuerdo con la comprensión científica de los problemas jurídicos. En consecuencia, nuestra investigación irá encaminada a fijar la noción objetiva de retroactividad. Pero no debemos olvidar que, conforme a lo que acabamos de exponer, el concepto de derecho adquirido resultará como un precipitado lógico de esa investigación.

PLANTEAMIENTO TEORICO DEL PROBLEMA DE LA IRRETROACTIVIDAD.
Toda ley, en cuanto a norma de Derecho, es decir, en cuanto "ley-proposición", tiene la estructura de una proposición condicional y puede expresarse siempre de una manera semejante a esta: "Si se realiza el supuesto de hecho S, se producirá la consecuencia jurídica C".
A la luz de esa comprensión de la esencia de la ley, vamos a plantear teóricamente el problema de la irretroactividad, ya que sólo así pueden recibir una solución satisfactoria y válida para todos los casos las cuestiones de Derecho intertemporal.
Para la mejor inteligencia del problema, debemos comenzar por hacer una observación previa, cuyo desarrollo sistemático será objeto de capítulos posteriores. Tal observación es la siguiente: los supuestos de hecho "S" de cualquier norma de Derecho pueden considerarse siempre constituidos en un instante temporal preciso y, por lo tanto, se realizan siempre bajo la vigencia de una sola ley, en tanto que las consecuencias jurídicas "C" pueden realizarse en un instante preciso o en un determinado transcurso de tiempo y, por lo tanto, pueden tener lugar bajo la vigencia de dos o más leyes sucesivas.
Un supuesto de hecho puede constar de un solo hecho material instantáneo –como el de la mayoría de edad, que se realiza en el momento preciso de cumplir los veintiún años– o de una sucesión de hechos materiales –como puede ser un contrato, en el cual es imaginable la existencia de una oferta, discusión y aceptación sucesivas o como sucede necesariamente en la usucapión, que exige una posesión continuada en el tiempo–. Peor, en este último caso, a pesar de que el supuesto de hecho tiene una aparente prolongación en el tiempo, sólo se realiza verdaderamente en el momento preciso en que se consuma su último elemento constitutivo, que es, en el contrato, el de la perfección, y en la usucapión, el de la terminación del plazo.
Por el contrario, la consecuencia jurídica "C" de un supuesto de hecho, es decir, los efectos de un hecho o acto jurídico cualquiera, pueden tener lugar en un instante preciso, como por ejemplo la transmisión de propiedad subsiguiente a un contrato

–que tiene lugar en el mismo instante de su perfección– o pueden tener lugar en un lapso más o menos prolongado, como los derechos y obligaciones que se derivan del arrendamiento, del contrato de trabajo, del matrimonio o de la filiación.
Vemos, pues, según hemos dicho más arriba, las consecuencias jurídicas de un supuesto de hecho, o sea, los efectos de un hecho o acto jurídico, pueden tener lugar bajo la vigencia de dos o más leyes sucesivas, en tanto que el supuesto de hecho correspondiente tiene siempre lugar bajo la vigencia de una ley específica.
Después de las aclaraciones anteriores, estamos en situación de comprender con mayor exactitud el contenido implícito en la proposición fundamental que enunciamos a continuación, la cual resume en forma sintética el principio de irretroactividad y nos servirá de punto de partida para el planteamiento teórico del problema.
La proposición en cuestión es esta:
El principio de irretroactividad exige que, en aplicación, de la regla "tempus regit actum", la ley vigente en un período dado determine la existencia de los supuestos de hecho "S" verificados bajo su vigencia y las consecuencias jurídicas "C" derivadas de tales supuestos(...)
el problema de la retroactividad entraña tres cuestiones claramente diferenciables, que son, a la vez, los tres requisitos esenciales de toda aplicación de la ley que no incurra en vicio de retroactividad.
1º La ley no debe afectar a la existencia de cualesquiera supuestos de hecho (hechos, actos o negocios jurídicos) anteriores a su vigencia, es decir, la nueva ley no debe valorar hechos anteriores a su entrada en vigor.
2º) La ley no debe afectar los efectos anteriores a su vigencia de cualesquiera de los supuestos de hecho.
3º) La ley no debe afectar a los efectos posteriores a su vigencia de los supuestos de hecho verificados con anterioridad a ella...". (Resaltado y negrillas de la Sala).

En consecuencia, la nueva ley no puede afectar los hechos o actos verificados bajo la ley anterior, ni sus efectos.

Artículo 10

La justicia se administrará lo más brevemente posible. En consecuencia, cuando en este Código o en las leyes especiales no se fije término para librar alguna providencia, el Juez deberá hacerlo dentro de los tres días siguientes a aquél en que se haya hecho la solicitud correspondiente.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Como parte de la tutela judicial efectiva, garantizada por el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, toda persona tiene derecho, a acceder a los órganos jurisdiccionales *y a obtener con prontitud la decisión correspondiente*; luego de un proceso expedito, *sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.*

Asimismo, el artículo 257 del mismo texto constitucional, luego de apartarse de la perversión –muy presente y siempre negada– de considerar el proceso como un fin en sí mismo, al establecer que *constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia*, impone a las leyes procesales que se dicten en desarrollo de los preceptos constitucionales *la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites* en un procedimiento breve, oral y público, para concluir en un precepto fundamental para evitar decisiones basadas en el fino hilo de las formas y las dilaciones repositorias: *no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales*.

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica

En las V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal (Bogotá, 1970), se aprobaron las bases para un Código Procesal Civil Modelo, preparadas por Adolfo Gelsi Bidart y Enrique Vescovi, las cuales tratan

como primer tema *El problema de la lentitud de los procesos y sus soluciones*, y entre otras observaciones al proceso en los países iberoamericanos, señalan:

1. La anormal duración del proceso comporta una denegación de justicia, por lo cual debe reducirse al mínimo posible. Sin embargo, la celeridad no debe traducirse en mengua del derecho de defensa ni de las garantías del debido proceso.
2. Debe procurarse la implantación del proceso oral como la solución más eficaz contra la excesiva duración del proceso penal, civil o laboral.
3. El número de jueces y de su personal subalterno debe ser proporcional a la cantidad de procesos que deban tramitarse en la respectiva circunscripción territorial, de manera que no se produzca un recargo de trabajo que entorpezca su trámite normal.

El anteproyecto finalmente aprobado, sugiere la adopción de la siguiente norma:

> Art. 9. *El Tribunal, y bajo su dirección los auxiliares de la jurisdicción, tomarán las medidas necesarias para lograr la más pronta y eficiente administración de la justicia, así como la mayor economía en la realización del proceso.*

EL PRINCIPIO DE CELERIDAD PROCESAL

Observa HENRÍQUEZ LA ROCHE (1995, I, 51) que la celeridad procesal constituye, entre otros, uno de los rasgos característicos más resaltantes y necesarios de la reforma introducida por el nuevo Código de Procedimiento Civil, pues, como decía Ihering –citado por la comisión redactora–: «La lentitud de la justicia es en sí una injusticia». No sin razón se dice que la peor sentencia es la que no se dicta.

Sin embargo, la experiencia en la aplicación del Código de Procedimiento Civil vigente indica que los buenos propósitos de la comisión redactora no se cumplieron, en parte por el apego de la normativa al procedimiento escrito, y en parte, y no en menor grado, porque no exis-

tió la voluntad política de asignar a la justicia presupuestos adecuados, que permitieran crear el número suficiente de tribunales, que pudieran tramitar con celeridad los conflictos sometidos a la jurisdicción.

El mismo autor (Henríquez La Roche 1995, I, 53) advierte tener en cuenta que los litigantes no son ductores del proceso. Por ello, si solicitan una determinación judicial que a juicio del juez debe quedar reservada para un momento posterior oportuno, no puede aplicarse el lapso perentorio de tres días que prevé este artículo para que se pronuncie anticipadamente sobre la aclaratoria o el planteamiento de determinado asunto que hace el litigante; si así fuera, los directores del proceso serían los litigantes y no el Tribunal. Bastará a los efectos requeridos por esta norma, que el juez clarifique que la providencia requerida debe quedar reservada para la definitiva.

Al respecto la jurisprudencia ha considerado que la sola omisión de advertir el juez que se reserva la decisión para la definitiva, no constituye por sí sola indefensión:

"Dispone el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, que el juez es el director del proceso y no los litigantes, por ello, si alguna de las partes solicita una determinación judicial que a criterio del Juzgador debe quedar reservada para un momento posterior oportuno, no puede aplicársele el lapso perentorio de tres días de despacho a los fines de exigirle el pronunciamiento, bastando para mantener la sanidad del proceso que el juez indique que la providencia requerida quede reservada para la definitiva.

En el caso bajo examen, el juez no hizo la indicación de reservarse la decisión sobre el planteamiento repositorio para la sentencia definitiva, pero ni ello ni la falta de pronunciamiento sobre la reposición puede considerarse como causante de indefensión. Estando a derecho los condenados a partir de su citación, el recurrente pudo comparecer a contestar la demanda (la formulación del planteamiento repositorio se hizo en la oportunidad en que debía producirse la contestación de la demanda) y a promover y evacuar pruebas.

La formulación de un planteamiento repositorio no interrumpe de ninguna manera el curso de la causa y sólo son atribuibles a las partes

las consecuencias de dejar de realizar un acto procesal apropiado para la mejor defensa de sus derechos e intereses, lo cual constituye su "carga", en espera de una decisión incidental que válidamente puede ser pronunciada con la sentencia definitiva." (SCS 12-6-01. Exp. Nº 00-389, dec. Nº 138)

ABREVIACIÓN DEL PROCESO Y GARANTÍAS PROCESALES

Expone VESCOVI (1984, 67-68), en relación con el grave problema de la lentitud de los procesos, que ha preocupado a los juristas y políticos de todas las épocas porque la justicia lenta no es justicia:

"A tal punto se ha llegado en la mencionada conclusión, que se ha erigido en principio constitucional –y a veces supraconstitucional, en el ámbito internacional– el de que resulta un derecho el obtener una decisión en un plazo razonable. En el ámbito latinoamericano, el problema es de los más agudos, pues nuestra justicia, como hemos dicho, y nuestro procedimiento siguiendo la herencia española, son de los más lentos del universo. Por eso no ha sido de extrañar que el tema de la aceleración de los procesos y sus medios constituya una constante en nuestras Jornadas. (Ese tema, justamente como base para la modificación de los códigos del Continente, fue tratado en las V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, de Bogotá, en 1970).

Se reconoce, asimismo, que al mal de la lentitud se agrega –o se favorecen recíprocamente– el del aumento de las argucias de los malos litigantes. Esto es, se favorece la triquiñuela.

Por eso entre los remedios contra la demora se ha buscado no solo la economía de esfuerzos y gastos, sino también (y a esto en definitiva conduce la abreviación) la supresión de incidencias y recursos que no tienen otro fin que la dilación del proceso.

Así se ha proclamado la perentoriedad de los plazos, el impulso de oficio, el aumento de poderes del juzgador, especialmente para imprimir al procedimiento una marcha adecuada, rechazar incidencias, recursos y pruebas de simple fin dilatorio, la disminución de los recursos, sobre todo los de efecto suspensivo, la ejecución provisional de la sentencia, la notificación automática, la introducción de procesos abreviados, ya sean sumarios, monitorios, etc."

Sin embargo, advierte Véscovi, en la búsqueda de una justicia rápida no debemos olvidar las debidas garantías procesales. Puesto que habrá un limite en la supresión o disminución de trámites (recursos, incidencias) constituido por aquellos imprescindibles para garantizar los debidos derechos de las partes en juicio. En general, no obstante la celeridad, se debe respetar la garantía del debido proceso legal.

Lapso de tres días para actuaciones del juez cuya oportunidad no esté legalmente establecida

Entre los diferentes supuestos en los cuales debe el juez dictar su decisión en el lapso de tres días, tenemos el caso del tiempo para homologar un acto de autocomposición procesal:

"Ahora bien, el texto del artículo 256 transcrito ut supra no establece lapso para que el tribunal dicte el respectivo auto de homologación, ni a este tipo de autos, procedentes de la autocomposición procesal, se refiere, ya que dicha norma está destinada a las sentencias de fondo que dicte el juez.

Sobre la determinación de cuándo se ha de decretar la homologación de la transacción, podrá argüirse que la norma aplicable es el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, el cual reza:

Artículo 10: La justicia se administrará lo más brevemente posible. En consecuencia, cuando en este Código no se fije término para dictar alguna providencia, el juez deberá hacerlo dentro de los tres días siguientes aquél en que se haya hecho la solicitud correspondiente.

Resulta entonces que, una vez presentada la transacción ante el tribunal de la causa, éste deberá homologarla dentro de los tres (3) días siguientes a aquél en que hubiere tenido lugar en autos. Así, alguien podría pretender que la homologación dictada fuera del lapso indicado deberá ser notificada a las partes que la hubieren celebrado. Sin embargo, esta Sala considera que asumir tal posición sería inaceptable, en virtud de que la notificación a que se refiere el artículo 251 de la norma adjetiva civil tiene como objeto el restablecimiento de la estadía a derecho de las partes, resguardando así la posibilidad de éstas de recurrir de un determinado fallo, lo que no puede ocurrir en un auto de autocomposición

procesal, donde actúan las partes, como la transacción, (donde ellos se "sentencian").
A juicio de esta Sala, debe entenderse que las partes que celebran la transacción no tienen necesidad de ser notificados de la homologación en sí misma, por cuanto ésta nace de la transacción que es producto de las partes y de su presencia en el proceso. Entonces, pretender –como lamentablemente ha acostumbrado la práctica judicial- ampararse en la carencia de valor ejecutorio, mientras la homologación no hubiere sido dictada, sería desconocer las obligaciones contraídas por las partes en el momento mismo en que celebraron formalmente la transacción y como tal, una falta de probidad de quien incumple. Por tales motivos, esta Sala considera que en el caso de autos no existió violación alguna del derecho a la defensa o al debido proceso de la parte accionante, como consecuencia de la carencia de notificación del auto de homologación, y así se declara." (SCon 13-7-00. Exp. Nº 00-0283, dec. Nº 709)

Otro ejemplo es el lapso que tiene el juez para pronunciarse sobre la subsanación de una cuestión previa:

"Ahora bien, como la demandada también tiene el derecho de objetar el modo como la actora subsanó el defecto u omisión imputados al libelo, puede la accionada, dentro de ese lapso que le nació como consecuencia de la conducta de la actora, impugnar u oponerse a la subsanación, razonando debidamente sus objeciones, como efectivamente lo hizo la demandada de autos en los escritos de fechas 29 de septiembre de 1997 y 7 de octubre de 1997.
De esta manera y como consecuencia de tal oposición nace para el juez el deber de emitir un pronunciamiento donde determine si la parte subsanó correctamente o no el defecto u omisión imputado al libelo, pronunciamiento éste que por no tener un lapso previsto expresamente en la ley, debe ser emitido dentro del plazo consagrado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, y al cual le serán aplicables los mandatos de los artículos 252 y 276 eiusdem." (SCC 30-4-02. Exp. Nº 01-450, dec. Nº 221)

Por lo que respecta a la forma en que debe contarse el lapso de tres días en el procedimiento de amparo, expresó la Sala Constitucional:

"Asimismo, se observa que, no obstante tal solicitud, el tribunal de instancia, tal como lo señaló en el comunicado referido supra, "provee las solicitudes de los usuarios al tercer día de despacho siguiente a la petición", es decir, se patentiza la existencia de dos actuaciones procesales computadas de forma diferente.
En efecto, en la tramitación de la acción de amparo constitucional tal como lo dispone el artículo 27 de la Constitución, "[t]odo tiempo será hábil (...)", y por su parte, las solicitudes de las copias certificadas se proveen conforme a lo preceptuado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, "dentro de los tres días siguientes a aquél en que se haya hecho la solicitud correspondientes", los cuales, computados por días de despacho, constituyen un hecho pernicioso para el que solicita la tutela de sus derechos constitucionales, en virtud, de que tal como quedara demostrado en autos, llegada la oportunidad de celebrarse la audiencia constitucional en el Juzgado Superior, apenas en el Tribunal de instancia era que se estaba providenciando la solicitud." (Scon 23-11-01, exp. 01-1448, dec. 2376)

Jurisprudencia

SCC 23-1-07, dec. 05:

"[…] ha resultado notorio para esta Sala, que en la diligencia mediante la cual la representación judicial de la parte intimada solicitó que se extendiera el lapso fijado para cumplir su obligación de consignar los honorarios de los retasadores, la razón utilizada para justificar su solicitud, fue que los trámites administrativos que debían realizarse a tales fines, demoraban más de tres días hábiles. Siendo así, el impedimento presentado por la parte intimada en el caso examinado, sólo puede ser imputable a la entidad bancaria intimada y no a una persona distinta de ésta. Por tanto, si la obligación no pudo ser cumplida por el intimado en la oportunidad fijada y la causa de dicho incumplimiento es imputable a él, la misma ley procesal, tal como se viene indicando –en su artículo 202– contempla la prohibición para la reapertura o extensión de los lapsos.
Todo lo anterior hace oportuna la siguiente expresión de esta Sala, sostenida en numerosas decisiones, según la cual "...es preclusivo del juez ordenar el proceso y dictar la sentencia como órgano jurisdiccional del Estado y es obligación de los contendientes el imprimir el impulso procesal con el uso de todos los medios legales a su alcance, en el entendido que esta facultad sólo puede ejercitarse en aquellas oportunidades en que el propio legislador no lo ha establecido de manera privativa para alguna de las partes o para el juez. En ese sentido, el ejercicio del derecho a la defensa de las partes

está limitado al iter procesal, por aplicación del principio de la obligatoriedad de las formas procesales, que prescriben las cargas que cada sujeto asume en la relación jurídica que se traba con el contradictorio....” (Ver entre otras, sentencia del 10 de agosto de 2000, *caso: Belkis Gutiérrez Castro contra Domingo Manuel Centeno Reyes,* expediente 98-726).

Por su parte, el tratadista Piero Calamandrei al hacer referencia a estos principios en su obra “Estudios sobre el Proceso Civil” sostiene que “… las formalidades de los actos procesales no obedecen a simples caprichos, o que conducen a entorpecer el procedimiento en perjuicio de las partes. En realidad se trata de una preciosa garantía de los derechos y de las libertades individuales, pues sin ellas no se podría ejercitar eficazmente el derecho a la defensa”. (Obra citada, Buenos Aires, 1945, pág. 245)

SCon 02-09-03, dec. Nº 2500:

“Resulta entonces que, una vez presentada la transacción ante el tribunal de la causa, éste deberá homologarla dentro de los tres (3) días siguientes a aquél en que hubiere tenido lugar en autos. Así, alguien podría pretender que la homologación dictada fuera del lapso indicado deberá ser notificada a las partes que la hubieren celebrado. Sin embargo, ***esta Sala considera que asumir tal posición sería inaceptable****, en virtud de que la notificación a que se refiere el artículo 251 de la norma adjetiva civil tiene como objeto el restablecimiento de la estadía a derecho de las partes, resguardando así la posibilidad de éstas de recurrir de un determinado fallo,* ***lo que no puede ocurrir en un auto de autocomposición procesal, donde actúan las partes, como la transacción, (donde ellos se “sentencian”).****”*

SCon 17-03-03, dec. Nº 561:

“Así las cosas, en ausencia de un lapso específico en la Ley Adjetiva Civil para responder oportuna y adecuadamente a los planteamientos presentados por las partes, tal y como lo indicó el a quo, el Juzgado de la causa debió proveer conforme al lapso previsto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, bien para declarar con o sin lugar la oposición efectuada por la parte demandada, y para acordar o negar, siempre por decisión motivada, la solicitud de entrega del dinero embargado en virtud del decretado dictado el 24 de enero de 2002, a fin de evitar dilaciones indebidas en perjuicio de los derechos de la parte demandada.”

SCon 12-08-02, dec. Nº 1872:

“Considera esta Sala que en el asunto planteado, el lapso de seis meses establecido en la ley de la materia, comenzó a correr a partir del tercer día hábil siguiente a aquél en que se realizó la petición y no se obtuvo respuesta a la misma, pues, tal y como lo señaló el accionante, en el presente caso el Juez no tenía un lapso determinado por la ley de manera expresa para emitir el respectivo pronunciamiento, por lo que se aplicaba supletoriamente –dada la vigencia del Código de Enjuiciamiento Criminal– lo dispuesto en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil […”]

Desde este punto de vista, la pasividad con que el pretensor asumió la conculcación de un derecho constitucional, al no realizar la actividad que la ley previno a su favor cual es la de interponer la acción dentro del lapso de seis meses y al no constituir tal

situación aquellas que puedan subsumirse como contrarias al orden público, conlleva a esta Sala a confirmar la declaratoria de inadmisibilidad […]"

SCC 30-04-02, dec. Nº 221:

"Ahora bien, como la demandada también tiene el derecho de objetar el modo como la actora subsanó el defecto u omisión imputados al libelo, puede la accionada, dentro de ese lapso que le nació como consecuencia de la conducta de la actora, impugnar u oponerse a la subsanación, razonando debidamente sus objeciones, como efectivamente lo hizo la demandada de autos en los escritos de fechas 29 de septiembre de 1997 y 7 de octubre de 1997.

De esta manera y como consecuencia de tal oposición nace para el Juez el deber de emitir un pronunciamiento donde determine si la parte subsanó correctamente o no el defecto u omisión imputado al libelo, pronunciamiento éste que por no tener un lapso previsto expresamente en la ley, debe ser emitido dentro del plazo consagrado en el artículo 10 del Código de Procedimiento Civil, y al cual le serán aplicables los mandatos de los artículos 252 y 276 eiusdem."

SCS 12-06-01, dec. Nº 138:

"Dispone el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, que el Juez es el director del proceso y no los litigantes, por ello, si alguna de las partes solicita una determinación judicial que a criterio del Juzgador debe quedar reservada para un momento posterior oportuno, no puede aplicársele el lapso perentorio de tres días de despacho a los fines de exigirle el pronunciamiento, bastando para mantener la sanidad del proceso que el Juez indique que la providencia requerida quede reservada para la definitiva. […]

La formulación de un planteamiento repositorio no interrumpe de ninguna manera el curso de la causa y sólo son atribuibles a las partes las consecuencias de dejar de realizar un acto procesal apropiado para la mejor defensa de sus derechos e intereses, lo cual constituye su "carga", en espera de una decisión incidental que válidamente puede ser pronunciada con la sentencia definitiva."

SCon 13-07-00, dec. Nº 709:

"Resulta entonces que, una vez presentada la transacción ante el tribunal de la causa, éste deberá homologarla dentro de los tres (3) días siguientes a aquél en que hubiere tenido lugar en autos. […]

A juicio de esta Sala, debe entenderse que las partes que celebran la transacción no tienen necesidad de ser notificados de la homologación en sí misma, por cuanto ésta nace de la transacción que es producto de las partes y de su presencia en el proceso. Entonces, pretender –como lamentablemente ha acostumbrado la práctica judicial– ampararse en la carencia de valor ejecutorio, mientras la homologación no hubiere sido dictada, sería desconocer las obligaciones contraídas por las partes en el momento mismo en que celebraron formalmente la transacción y como tal, una falta de probidad de quien incumple."

Artículo 11

En materia civil el Juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes.

En los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los Jueces obrarán con conocimiento de causa, y, al efecto, podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren deficiente, y aún requerir otras pruebas que juzgaren indispensables; todo sin necesidad de las formalidades del juicio. La resolución que dictaren dejará siempre a salvo los derechos de terceros y se mantendrá en vigencia mientras no cambien las circunstancias que la originaron y no sea solicitada su modificación o revocatoria por el interesado, caso en el cual, el Juez obrará también con conocimiento de causa.

El principio dispositivo

Según Rengel-Romberg (1991, I, 137) en un proceso rige el "principio dispositivo" o de "presentación por las partes", cuando corresponde exclusivamente a éstas determinar el alcance y contenido de la disputa judicial, y queda el Tribunal limitado a la sola consideración de lo que los litigantes han planteado ante él. La vigencia de este principio encuentra su justificación en que el objeto de la controversia es una relación jurídico–privada, en la cual no está interesado el Estado; por tanto, la materia o el interés cuya tutela procuran las partes mediante el proceso, debe quedar librado al poder de disposición de éstas.

Este principio dispositivo, ha dicho en Italia el Ministro de Justicia Grandi, no es otra cosa en sustancia que el reflejo en el campo procesal

de la autonomía privada dentro de los límites señalados por la ley, que encuentra su afirmación más enérgica en la figura del derecho subjetivo; hasta tanto la legislación sustancial reconozca dicha autonomía, el principio dispositivo debe mantenerse en el proceso civil, por razón de coherencia, como expresión imprescindible del poder conferido a los particulares para disponer de su esfera jurídica.

En cambio, rige el principio inquisitorio, cuando el juez, aun teniendo ante sí a dos partes, esté desvinculado, para la investigación de la verdad, de la iniciativa y de los acuerdos de las mismas.

Aparece este principio, en todos aquellos casos en que las partes no tienen la libre disponibilidad de la relación jurídico-privada que es el objeto del juicio, como son aquellos en que se debate acerca del estado y capacidad de las personas (matrimonio, interdicción, inhabilitación) en los cuales se quiere garantizar que la modificación de ciertas relaciones de derecho privado, que es socialmente útil mantener sin variación mientras falten los presupuestos de modificabilidad o de anulabilidad rigurosamente previstos por la ley, no pueda ser realizada sino en virtud de un pronunciamiento jurisdiccional que declare la existencia de tales presupuestos.

En el mismo sentido, para MONTERO ET AL (1991, I, 512) el fundamento del principio dispositivo no es otro que la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso. Como decía Calamandrei, deducir un derecho vía jurisdiccional es un modo de disponer del mismo y, por consiguiente, el condicionar la tutela a la petición del interesado es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida al particular sobre su propia esfera jurídica. Partiendo de este fundamento el principio debe significar:

1°) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado o insatisfecho.

2°) La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes o, en otras palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde a las partes mediante la pretensión y la resistencia.

3°) Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión y la resistencia formulada.

4°) Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya satisfacción se solicitaba.

El primer significado del principio dispositivo está contenido en el comentado artículo 11 del Código de Procedimiento Civil venezolano, de acuerdo con el cual, en materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte. Así lo ha expresado el Tribunal Supremo de Justicia:

"No puede dejar de mencionarse, que en el sistema venezolano rige el principio dispositivo, que se manifiesta en el proceso civil, de variada forma y en distintos artículos, entre otros, en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, se establece que el juez no puede iniciar el proceso, y en el caso concreto, relativo a la responsabilidad civil de los funcionarios, sino previa demanda de parte, quien hace valer su pretensión, entendida ésta como la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica, con la aspiración que ésta se haga efectiva." (SCS 26-7-01. Exp. Nº 01-243, dec. Nº 042)

La congruencia de la decisión judicial, segundo y tercer aspecto del principio dispositivo en la exposición de Montero Aroca, asegura, para el Tribunal Supremo de Justicia, el cumplimiento del principio que prohíbe iniciar el proceso sin instancia de parte:

"Ha sido criterio pacífico y reiterado de la Sala Civil que la congruencia, como requisito de la sentencia que se contiene en el ordinal 5º ex artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, consiste en la correspondencia formal que debe existir entre la sentencia dictada y las contrarias pretensiones de las partes (resolver sólo sobre lo alegado y sobre todo lo alegado, a fin de dar cumplimiento a otro principio como el de la exhaustividad, según el cual el juez debe decidir de modo total); y tiene como finalidad asegurar se cumpla el principio dispositivo –nemo iudex sine actore– contenido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil." (SCC 04-12-01, dec. Nº 405)

Por último, la facultad de las partes de ponerle fin al proceso por los medios de autocomposición procesal, tiene sus límites en el orden público, tal como lo expresa la Sala Constitucional:

"En materia de amparo, el desistimiento, sea de la acción o del procedimiento, incluyendo el desistimiento de la apelación, no puede tener el mismo tratamiento procesal que el otorgado por el Código de Procedimiento Civil a las acciones ordinarias. De allí que en esta materia, el carácter supletorio del Código adjetivo, como lo prevé el artículo 48 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, no puede aplicarse mutatis mutandi, sino que debe ajustarse y armonizarse con los principios que inspiran la institución constitucional del amparo, donde el "desistente", por regla general, no tiene plena capacidad para disponer de la pretensión o derecho litigioso, no puede, en principio, disponer del objeto (derecho constitucional) sobre el que versa la controversia, con la misma libertad que lo haría en el proceso civil.

En el proceso civil u ordinario rige fundamentalmente el principio dispositivo, que impide la iniciación y continuación del proceso sin instancia de parte y con mayor razón contra la voluntad de la parte a quien corresponde su continuación o mantenimiento (nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio). Por el contrario, en materia de amparo, si bien la iniciación corresponde a la parte presuntamente agraviada, el juez que conoce de esta tutela constitucional, dispone de amplios poderes para procurar la continuación del proceso de amparo, incluso ante la renuncia unilateral del accionante.

Es el caso del desistimiento de la apelación, la que no produciría en materia de amparo, y una vez homologada por el tribunal, la cancelación inmediata del juicio, dada la existencia de la consulta obligatoria de los fallos dictados en primera instancia por los jueces de amparo, prevista en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. La consulta obligatoria es un imperativo de orden público constitucional. Dispuesta como está a la preservación de los derechos fundamentales de las partes y de terceros, y a garantizar el principio de doble instancia, no obstante se deje de ejercer oportunamente la apelación,

lo que se persigue con la misma es la uniforme interpretación y aplicación, y la efectiva protección de los derechos y garantías constitucionalmente tutelados. Como se señaló en Sentencia de esta Sala del 6 de mayo de 2001, la consulta es una fórmula de control judicial en materias donde se encuentra involucrado el orden público o el interés público, o el orden constitucional" (Caso: Delu Holender, exp. n °00-1376). (SCon 23-10-01, dec. Nº 2003)

Se verá luego que la sujeción del juez a los hechos alegados y probados por las partes está básicamente postulada por el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil.

Nemo iudex sine actore

Entre las diversas manifestaciones del principio dispositivo en el proceso, una de las principales consiste en el precepto, casi absoluto, de que no hay proceso sin actor –*nemo iudex sine actore*–. Salvo pocas excepciones, el proceso civil sólo puede iniciarse por demanda de parte, es decir la jurisdicción sólo se pone en movimiento por petición de quien detenta el interés en obtener una resolución judicial.

"No puede dejar de mencionarse, que en el sistema venezolano rige el principio dispositivo, que se manifiesta en el proceso civil, de variada forma y en distintos artículos, entre otros, en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, se establece que el juez no puede iniciar el proceso, y en el caso concreto, relativo a la responsabilidad civil de los funcionarios, sino previa demanda de parte, quien hace valer su pretensión, entendida ésta como la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica, con la aspiración que ésta se haga efectiva." (SCS 26-7-01, dec. Nº 042)

No siendo posible para el Estado determinar, y por lo tanto, intervenir cada vez que entre sus ciudadanos (personas físicas o jurídicas), nazca una controversia jurídica, la función jurisdiccional sólo puede prestarla, si quien se alega legitimado para hacerlo, afirma la ilicitud del comportamiento jurídico de otro sujeto, señala tal ilicitud y solicita su intervención para eliminarla. Por lo tanto, es presupuesto de la prestación de la función jurisdiccional que quien se afirma legitimado

activo para señalar la conducta ilícita del legitimado pasivo, requiera la prestación de esta función, con el fin de que se le reconozca el derecho o interés presuntamente vulnerado, y se imponga al legitimado pasivo la eliminación de la conducta ilícita señalada y su acoplamiento a la establecida en el modelo normativo. Por una parte, la ley prohíbe al titular del derecho o del interés (quien se afirma titular activo de la voluntad concreta de ley) imponer directamente al legitimado pasivo la voluntad concreta de ley alegada y por la otra, simultáneamente, otorga el derecho subjetivo de pretender del Estado su intervención para eliminar el comportamiento que afirme ilícito. (Pesci–Feltri 2000, 67)

El interés del ciudadano que pide justicia, obviamente, es obtener una decisión favorable; pero el justiciable tiene derecho a una sentencia siempre que se den los presupuestos de validez del proceso; no a una sentencia favorable. *Es evidente que si sólo se concediera derecho al proceso a quien tuviese en verdad el derecho a la tutela jurisdiccional concreta que afirma tener, estaríamos en una insoluble aporía: antes del proceso tendríamos que saber quien tiene o no derecho a la tutela jurisdiccional.* (De la Oliva 1980, 22)

En necesario, entonces, arribar a una primera afirmación: el interés de la parte es concreto, pues está dirigido a obtener una sentencia favorable, pero existe un derecho abstracto, orientado a obtener una sentencia, cualquiera que ella sea.

Por consiguiente, cuando se reitera que no hay proceso sin actor, se afirma que el ejercicio de la jurisdicción civil por el Estado generalmente está sujeto a la condición del impulso de parte y a ello se refiere el Código de Procedimiento Civil cuando dispone: *En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte.*

Con la demanda se ejerce la acción, dirigida al Estado para obtener una sentencia, cualquiera que ella sea; y la pretensión, dirigida al demandado, para la satisfacción del del derecho o situación jurídica que se pretende. (Rengel-Romberg 1991, I, 116)

Para Carnelutti la demanda es un acto complejo compuesto de instancia y alegación. La instancia podemos asimilarla al impulso de

parte y la alegación a la expresión de las razones por las cuales ejercemos la potestad de poner en marcha la jurisdicción. El gran maestro lo explica así:

"A fin de cuentas, el esquema del proceso civil se reduce a un diálogo entre las partes y el oficio, y es la forma de ese diálogo lo que ahora tratamos de establecer. Precisamente en el diálogo alternan continuamente instancias y alegaciones, y por ello, si bien su función y su estructura son distintas, el indisoluble ligamen lógico y práctico, en virtud del cual las alegaciones sirven de premisa a las instancias, hace que el problema formal de unas y otras sea el mismo.

Para comprender ese indisoluble ligamen, hace falta arrancar del principio de que la instancia no se limita a invocar del oficio un proveimiento cualquiera, sino uno favorable a la parte que la propone; si no fuese así, el interés de la parte no estimularía la proposición de la misma. [...] Por consiguiente, si lo que la parte pide es un proveimiento favorable a su interés, es, si no completamente necesario, si al menos de suma conveniencia que indique las razones del proveimiento reclamado, y de ahí que la instancia se combine con la alegación en el acto (compuesto) al que se da más propiamente el nombre de demanda. Le resultará ahora más claro al lector por qué razones creí necesario distinguir, con fines científicos, la instancia y la demanda, entre las que media una diferencia análoga a la que divide un cuerpo simple de uno compuesto: instancia y alegación son los dos actos simples, distintas técnica y jurídicamente, que se combinan en la demanda." (Carnelutti 1944, III, 319)

Es necesario advertir que la doctrina italiana denomina "demanda" a sucesivas peticiones en el proceso; así hablan de demanda en apelación o en casación. En Venezuela sólo se denomina "demanda" el acto introductorio del proceso; en este último sistema no se concibe una demanda sin la alegación de las razones que la sustentan.

El Código derogado precisaba: *en materia civil el juez no puede proceder sino a instancia de parte,* es decir, no enfatizaba en que la instancia se materializa con la demanda. Esta instancia que da inicio al proceso no es más que la acción.

En todos los casos en que el ejercicio concreto de la jurisdicción está condicionado al ejercicio, por parte de un sujeto, diverso del juez (y es la regla), de un poder de iniciativa, surge el problema de definir la naturaleza de semejante poder y sus relaciones, por un lado, respecto de la situación jurídica que aquel sujeto considera que el juez debe tutelar; por otro, con el ejercicio de la jurisdicción y con el resultado del proceso. A toda esta problemática, fundamental en las relaciones entre ciudadano y Estado, pretende responder la doctrina de la acción, cuya elaboración representa el resultado del esfuerzo de la doctrina del proceso civil a partir de la mitad del siglo XIX. *Bajo la etiqueta de la acción, emergen todos los aspectos más salientes de las relaciones entre la norma jurídica, considerada en sí, y el mecanismo que el Estado. ofrece para que aquella norma encuentre actuación, también cuando no es observada espontáneamente*. (MICHELI 1970, I, 15)

EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE ACCIÓN

La acción como un aspecto del derecho subjetivo sustancial

La doctrina civilista entendía la acción como un aspecto del derecho subjetivo, es el carácter que adquiere ese derecho al ser lesionado por el incumplimiento del deudor. El derecho subjetivo del acreedor se dirige, en primer término, a la prestación del deudor; pero, si el deudor no cumple, entonces, el acreedor puede, recurriendo a aquella garantía jurisdiccional que está implícita en el derecho subjetivo, dirigirse al Estado a fin de obtener, a través de la condena del incumplidor, aquella misma satisfacción del propio interés individual que habría obtenido de haberse producido el cumplimiento voluntario. La acción no es, pues, una cosa que esté fuera del derecho subjetivo, sino que es solamente un aspecto o un momento del mismo derecho subjetivo, un poder, inmanente en él: el derecho subjetivo "en pie de guerra". Dicha doctrina creyó encontrar una confirmación de esta concepción de la acción en la célebre definición "*nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*" (Dig. XLIV, 7, 51: La acción no es otra cosa más que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe) (CALAMANDREI 1973, I, 242)

Autonomía de la acción

La controversia entre Windscheid y Muther sobre el contenido de la *actio* romana condujo al concepto de la acción, como diferente al derecho subjetivo que se reclama; es decir, a su autonomía conceptual. Para entender esta polémica debemos recordar que en cierto período del derecho romano se acudía ante el magistrado para obtener la fórmula, o sea, las indicaciones que éste daba al *iudex* sobre cómo iba a resolver la controversia. El juez establecía los hechos y aplicaba la fórmula para resolver la controversia. Tal como explica Carnelutti (1944, II, 636), en el sistema jurídico romano, gran parte la tutela jurídica de los intereses no se hallaba preconstituida con normas materiales, sino que se confiaba al proceso por medio de normas instrumentales.

Para Windscheid en el Derecho Romano la *actio* no tenía necesidad de ningún derecho en el que apoyarse. *Actio* era la pretensión perseguible en juicio. Derecho y Acción no coincidían. Se podía tener una acción sin tener un derecho y no tener acción aun teniendo derecho. La razón es la independencia que tiene la regla judicial frente a la regla jurídica. El juez decidía conforme a una fórmula dada, no con sujeción al derecho, por lo cual Ulpiano, por ejemplo, hablaba de que el *usufructo* no existe "de *iure*" sino "*tuitione praetoris*". (Rengel 1991, I, 98)

Se puede constatar la influencia de este sistema histórico en el derecho anglosajón, donde existen derechos reconocidos por el "*common law*" o derecho común y derechos tutelados en equidad por el juez.

Para Muther la pretensión a la fórmula existe antes de la *litis contestatio*. Los romanos no habrían comprendido en absoluto que al comprador no correspondiese la *actio empti* también antes de la negativa de cumplimiento por parte del vendedor. Por tanto, en el Derecho Romano, lo mismo que en el derecho moderno, el ordenamiento jurídico era el ordenamiento de los derechos y no como piensa Windscheid, el ordenamiento de las pretensiones perseguibles judicialmente, pues sólo los derechos subjetivos podían ser perseguidos en juicio y el derecho a la expedición de la fórmula correspondía solamente a aquel a quien correspondía un derecho, que era el presupuesto de la *actio*. Tenemos,

pues, dos derechos distintos, de los cuales uno es el presupuesto del otro, pero que pertenecen a dos esferas diversas: el derecho subjetivo originario es un derecho privado, y la *actio* un derecho de naturaleza pública. (Rengel 1991, I, 99-101)

La consideración inicial se centra en la autonomía o subordinación de la acción respecto a un derecho subjetivo cuya realización forzosa se pretende. Para Muther el derecho subjetivo material es presupuesto de la acción, en tanto que para Windscheid la *actio* no tiene necesidad de ningún derecho en el que apoyarse. *Actio* era la pretensión perseguible en juicio.

Hasta aquí los autores referidos aluden a la acción como persecución en juicio de una pretensión, y la diferencian del derecho subjetivo material que se hace valer en el proceso, pero al aseverar Muther que *sólo los derechos subjetivos podían ser perseguidos en juicio y el derecho a la expedición de la fórmula correspondía solamente a aquel a quien correspondía un derecho, que era el presupuesto de la actio,* no se estaba refiriendo a la acción, como acto, sino al derecho a accionar.

La acción como pretensión a la tutela jurídica

Adolfo Wach mantiene la distinción entre lo que denominamos acción y el derecho subjetivo hecho valer en el proceso, y la concibe como la pretensión del demandante, o en su caso del demandado, de que se conceda tutela jurídica procesal, (Wach 1977, I, 42). Esta pretensión a la tutela jurídica está dirigida al Estado, quien es el único que la puede satisfacer:

"La pretensión de tutela es satisfecha por el acto tutelar, especialmente por la sentencia favorable (por ejemplo, en la acción declarativa), y al ser satisfecha se extingue, mientras que el derecho material cobra con la sentencia nuevas fuerzas y es confirmado. [...] Los medios de satisfacción son: la sentencia (declarativa, condenatoria, etc.), la ejecución, el embargo, la medida provisoria de seguridad, la satisfacción por concurso. [...]

Sólo el Estado, el juez, puede satisfacer la pretensión de tutela; el adversario no puede hacerlo, sino únicamente quitarle su objeto[...].

Una pretensión de tutela jurídica sólo compete a quien tiene en esa tutela un interés real, no imaginario, y lo expone en el proceso.

Para que pueda exponerlo, debe tener, además de la pretensión de tutela, la posibilidad de accionar, es decir, debe poder seguir un proceso. Hay una teoría nueva que habla de un derecho de accionar publicístico y abstracto cuando está dada la posibilidad jurídica y, en tal sentido, la legitimación para accionar. Dado que se puede accionar eficazmente sin tener un derecho material ni una pretensión de tutela, esa teoría reconoce el derecho de accionar incluso a quienes no tienen ni un derecho privado subjetivo, ni una necesidad de que éste o su posición jurídica sean tutelados. [...] Pero esa posibilidad de accionar eficazmente (sea de buena o de mala fe), ese llamado derecho publicístico de accionar, es res merae facultatis, no el ejercicio de un derecho y mucho menos de un derecho a una sentencia de contenido determinado. [...] es únicamente una formulación subjetivada de la norma jurídica abstracta.

Y si esa sentencia ha de ser favorable o desfavorable al actor se determinará sólo por su verdadera necesidad de tutela jurídica. Sobre esto y no sobre la existencia del derecho de accionar abstracto, llamado publicístico, versa la resolución de fondo. Para que pueda haber proceso y tutela jurídica, deberá haber legitimación para accionar pero esta legitimación no es más que un medio para lograr el fin; ella misma no es ni el objeto ni el fin del proceso. Por consiguiente, es más correcto, por muchas razones, dejar enteramente de lado ese derecho de accionar publicístico porque induce a error y es estéril desde el punto de vista científico, mientras que el concepto de la posibilidad abstracta o legitimación para accionar resulta indispensable." (Wach 1977, I, 45-46)

Calamandrei (1973, I, 244) observa que también en esta concepción, el interés individual continúa predominando: la acción continúa siendo considerada como instrumento y tutela del interés individual. Este derecho público del ciudadano respecto del Estado se construye según el esquema civilístico de la relación jurídica existente entre un titular de derecho y un obligado, dándose al ciudadano la posición de sujeto activo, aspirante a una prestación (tutela jurídica), mientras la posición de sujeto pasivo obligado a la prestación, se reserva al Estado.

Primera exposición de la teoría de la acción en sentido abstracto

WACH, con la referencia a la doctrina que sostiene la existencia de un *derecho de accionar publicístico y abstracto,* alude a la tesis de DEGENKOLB, quien definió la acción como un derecho público subjetivo correspondiente a cualquiera que de buena fe crea tener razón para ser oído en juicio y constreñir al adversario a entrar en él.

La teoría de la acción en sentido abstracto, según la cual el derecho de acción correspondería no solamente a aquel que tiene razón, sino a cualquiera que se dirija al juez para obtener de él una decisión sobre su pretensión, aun cuando sea infundada; de suerte que la acción no sería el derecho a obtener una providencia que dé razón al reclamante, sino el derecho a obtener una providencia que declare si el reclamante tiene o no razón; el derecho de acción correspondería también a quien no tiene razón, como derecho a obtener una providencia del juez que le declare que no tiene razón. (CALAMANDREI, 1973, I, 248)

Es de observar que WACH no niega la existencia de este derecho abstracto de obrar, sólo considera que se debe dejar de lado ese derecho de accionar publicístico porque induce a error y es estéril desde el punto de vista científico, mientras que el concepto de la posibilidad abstracta o legitimación para accionar resulta indispensable, tal como se transcribió.

La acción como derecho potestativo

CHIOVENDA (1954, I, 24) acepta que la acción es un concepto diferente al derecho que se hace valer en el proceso, pero considera "*una exageración no aceptable de esta idea de la autonomía de la acción aquellas teorías que, de una manera o de otra, la confunden con el concepto del llamado derecho abstracto de obrar;* y añade: *No hay duda que todo ciudadano tenga la posibilidad material y también jurídica de obrar en juicio; pero esta mera posibilidad (...) no es lo que consideramos como acción cuando decimos: "Ticio tiene acción", porque con esto queremos indicar el derecho de Ticio de obtener un resultado favorable en el proceso*".

Cabe observar el trasfondo semántico de la discusión: no discuten la existencia de una posibilidad abstracta de obrar, sino sobre el significado de la palabra "acción". Al respecto, observa REDENTI (1957, I, 44):

"[...] en nuestro lenguaje, el nombre (de acción) puede servir para aludir precisamente al fenómeno en su conjunto, pero puede empleárselo también para expresar, de manera específica y analítica, momentos singulares, muy distintos e inconfundibles jurídicamente. Esta multiplicidad de significados, que tiene tras de sí una larga historia de vicisitudes semánticas vinculadas a la variación en el tiempo de los ordenamientos jurídicos, es no pocas veces motivo u ocasión de equívocos y desacuerdos, y hace falta por tanto cuidar de distinguir y precisar cosas y palabras; y no confundir las cosas por el solo hecho de que se confundan las palabras."

Hasta este punto coinciden Wach y Chiovenda, la diferencia se presenta en cuanto al destinatario de la acción. El último sostiene que la teoría de Wach se halla más de acuerdo con la tradición germánica que con la latina. No niega que existan relaciones jurídicas públicas entre el Estado y el ciudadano; ni piensa en la existencia de acción si no existiese un Estado al cual dirigirse; pero sostiene que la relación con el Estado en este caso no es sino un medio para obtener ciertos efectos contra el adversario. "*La tradición latina vio en la acción principalmente esta dirección contra el adversario e hizo de ella un derecho privado cuando es privado el interés; la tradición germánica se fija, quizá principalmente, en la relación con el Estado, como se deduce del nombre alemán Klagerecht (derecho de querella)".*

"Aceptando el elemento fundamental de la teoría de Wach definí la acción como un "derecho potestativo" (1903).

Observé que si es verdad que la coacción es inherente a la idea del derecho (...); si es verdad que cuando el obligado no satisface con su prestación la voluntad concreta de ley ésta tiende a su actuación por otra vía, y que existen en muchos casos voluntades concretas de la ley de las cuales no es concebible la actuación sino por obra de los órganos públicos en el proceso; sin embargo, normalmente, estos órganos pueden proveer a la actuación de la ley solamente previa petición de una parte (nemo iudex sine actore), así que, normalmente, la actuación de la ley depende de una condición, es decir, de la manifestación de voluntad de un particular; y se dice que este particular tiene acción, entendiéndose, cuando se dice esto, que él tiene el

poder jurídico de provocar con su demanda la actuación de la voluntad de la ley.

La acción es, por lo tanto, el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. (...)

La acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a este poder; está simplemente sujeto a él. La acción se agota con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada ni para impedirla, ni para satisfacerla. Tiene naturaleza privada o pública, según que la voluntad de ley cuya actuación produce tenga naturaleza privada o pública." (CHIOVENDA 1954, I, 25-26)

La evolución de los conceptos en el Derecho Público permite hoy precisar que la potestad y su correlativa sujeción son situaciones jurídicas subjetivas diferentes al derecho y la obligación. Con este deslinde se salva la antigua objeción sobre la anomalía que significa la existencia de un derecho sin obligado: no se trata de un derecho, sino de la posibilidad de producir efectos en la esfera jurídica de otros, sin su anuencia e incluso en contra de su voluntad.

La relatividad de las teorías sobre la acción

Tenemos, entonces, en este estado de la discusión tres conceptos diferentes: un derecho a la acción, que corresponde a quien concretamente tiene un derecho o interés; una pretensión a la tutela jurídica de un concreto interés, dirigida al Estado que es el único capaz de tutelarla, pretensión que en reexposición posterior se ha denominado "acción"; y la acción como derecho subjetivo abstracto a actuar ante la justicia y ser oído.

Para CALAMANDREI (1973, I, 250) existe sin duda un derecho abstracto de obrar, entendido como derecho a que el juez provea sobre la demanda; pero no tiene nada que ver con aquel que los propugnadores de las teorías opuestas llaman acción en el sentido concreto. Los dos derechos coexisten, no se excluyen: el primero, como se verá, es atinente a la relación procesal y está preordenado a la declaración de certeza del segundo; para poder dar la razón a quien la tiene, es forzoso aceptar que

también quien no tiene razón sea admitido para que el juez constate si tiene razón o si no la tiene. "*Es necesario, pues, no confundir el derecho de acción con la mera posibilidad de obrar: la acción, como actividad, con la acción como derecho*".

El ilustre maestro centra la cuestión en el interés protegido por la actividad jurisdiccional:

"[...] este derecho de obtener del juez una providencia sobre su demanda aunque no sea más que para declararle que la misma es infundada, no basta verdaderamente para procurar aquella satisfacción del concreto interés individual al cual el reclamante aspira cuando se dirige a la justicia por tener razón y no por no tenerla. En la acción concebida en sentido abstracto, esto es, no ya como garantía e instrumento de una concreta situación de derecho sustancial, sino como poder correspondiente a cualquiera uti civis que se dirija al juez para provocar (quizá sin contenido) la jurisdicción, no existiría ya, como en la teoría del derecho potestativo, la coordinación de dos intereses bien distintos, el individual y el público, convergentes hacia el mismo fin, sino que se tendría una total disolución del interés individual en el interés público.

El interés que mueve la acción, concebido en sentido abstracto, no deriva, de un modo específico y concreto, de la posición individual en que el actor se encuentra en una cierta relación de derecho sustancial, en torno a la cual pueda esperar una providencia favorable para él, sino que se confunde con aquel interés genérico y podría decirse "desinteresado" que todo ciudadano tiene, como tal, en el funcionamiento de la justicia, y que queda igualmente satisfecho cualquiera que sea el contenido de la providencia que el juez emana. Pero esto no sería otra cosa que el mismo interés del Estado en el mantenimiento de la observancia del derecho objetivo; no sería un interés individual convergente con el público, sino que sería precisamente el mismo interés público, del cual el ciudadano que ejercita la acción se hace, uti civis, momentáneo portador." (Calamandrei, 1973, I, 248)

Calamandrei al aceptar la existencia de un derecho abstracto de obrar introduce una distinción importante: la acción, como actividad procesal, que pertenece a cualquier ciudadano, por el solo hecho de serlo, es

diferente de la acción como derecho concreto a obtener una providencia favorable. Para el autor, es necesario hacer un balance de las relaciones entre el interés del Estado en la actuación del derecho, que se satisface con la actividad procesal abstracta que pone en marcha a la jurisdicción; y el interés privado en obtener justicia mediante una decisión favorable a su pretensión.

Al respecto se pregunta ¿Cuál de estas teorías es preferible?:

El problema no puede ser formulado en estos términos absolutos: el mismo solamente puede tener sentido siempre que se plantee históricamente respecto de un determinado ordenamiento positivo en una cierta fase de su desarrollo. No se trata, pues, de investigar la verdadera teoría, como si no hubiera más que una que pudiera considerarse absolutamente exacta frente a todas las otras que habrían de considerarse equivocadas; siendo así que, en realidad, toda teoría debe ser considerada en función de la relación entre el interés individual y el interés público que, bajo diversas formas, se presenta en todos los campos de la ciencia jurídica y que puede aparecer, por consiguiente, más o menos exacta según que en la relación se acentúe por consideraciones políticas, el predominio de uno de los términos y se desplace, por consiguiente, en un sentido o en otro, el punto de equilibrio entre los dos. (CALAMANDREI, 1973, I, 252)

Luego de algunas precisiones políticas, que es preferible dejar de lado, concluye en que la teoría chiovendiana de la acción entendida como derecho potestativo corresponde al momento histórico en el cual escribe, porque pone en evidencia la colaboración que en el proceso civil se realiza entre el interés privado y el interés público:

"Entre la acción entendida como sometimiento de la justicia al interés privado y la acción entendida como sometimiento de la iniciativa privada al interés público, la acción como derecho potestativo significa convergencia de dos intereses, en cuanto el particular, que busca en el proceso la satisfacción de su interés privado, da así ocasión al Estado de satisfacer, al administrar justicia, el interés colectivo." (CALAMANDREI, 1973, I, 256)

Alcalá-Zamora (1974, 341) admite que el influjo de la realidad histórica (política, económica, social, etc.) sobre el derecho en general y

sobre el proceso en particular pertenece a la esfera de lo indiscutible; pero sostiene que la relatividad –o si se prefiere la variabilidad– no se extiende en rigor al concepto de acción, sino al de jurisdicción; es decir, de la posibilidad de acordar o no la tutela jurídica estatal a la pretensión que acompañe a la acción.

La acción como derecho subjetivo procesal

Postula Carnelutti (1944, II, 635) la existencia de un derecho subjetivo procesal cuyo ejercicio determina la actuación de la jurisdicción, pues si la parte no propone la demanda, el juez no sólo no puede, sino que tampoco debe resolver el litigio. De la demanda depende no sólo la existencia de su poder, sino también la existencia de su deber.

Por consiguiente, la proposición de la demanda al mismo tiempo que el cumplimiento de una carga constituye el ejercicio de un derecho subjetivo. Por tanto, inmediato a las facultades, a las cargas, a las obligaciones procesales, la investigación científica encuentra también la figura de los derechos subjetivos. El derecho subjetivo procesal no ha sido conocido con este nombre sino con el de acción (*actio*), *mediante un cambio lógico entre el derecho y los actos que constituyen su ejercicio* (accionar). (Carnelutti 1944, II, 636)

Este uso del lenguaje tiene su origen en el sistema jurídico romano. Como ya se observó, en gran parte la tutela jurídica de los intereses no se hallaba preconstituida con normas materiales, sino que se confiaba al proceso por medio de normas instrumentales. Ahora bien, cuando con la gradual transformación de la materia jurídica y con la progresiva formación de las normas materiales junto a las normas instrumentales también, y sobre todo en el campo del derecho privado, la figura del derecho subjetivo material se separó poco a poco del proceso, la ciencia no estuvo, ni pudo estar, preparada para aclarar las relaciones que venían a establecerse entre él y la acción, distinguiendo entre derecho subjetivo material y derecho subjetivo procesal. (*idem*)

Distingue nítidamente Carnelutti (1944, II, 637) el derecho subjetivo material hecho valer en el proceso, de la pretensión como exigencia de subordinación del interés ajeno, y de la acción como derecho a

obtener que el oficio provea sobre la pretensión; "*de esta forma se separan a su vez el derecho subjetivo material y el derecho subjetivo procesal. No había razón para negar a este último el antiguo nombre de acción, al cual, por tanto, la moderna ciencia del proceso restituye su genuino significado*".

El interés protegido mediante las obligaciones procesales y, correlativamente, mediante la acción es el interés en cuanto a la justa composición del litigio, no el interés en litigio. Esto quiere decir que la acción es un derecho público subjetivo, ya que el interés mediante ella tutelado es un interés esencialmente público.

El sujeto activo del derecho subjetivo procesal es la parte, no en sentido material, sino en sentido formal; parte en sentido formal es el sujeto de la acción entendida como derecho, no como actividad; en suma, "*no quien propone la demanda, sino quien tiene derecho no tanto de proponerla cuanto de obtener el proveimiento.*" (CARNELUTTI, 1944, II, 640)

En otras palabras, para Carnelutti, parte en sentido formal (procesal) es quien tiene derecho a obtener una sentencia de fondo. Frente a este derecho se encuentra la obligación procesal: el pronunciamiento de la sentencia, no la obligación material que se afirma en la pretensión. Esta obligación puede consistir, de ser el caso, en el cumplimiento de los actos necesarios para explicar la razón de su negativa a proveer sobre el fondo de la controversia.

En criterio de CARNELUTTI (1944, II, 644-645) la teoría que establece no ya la sentencia favorable, sino la sentencia justa como contenido de la acción, constituye un paso adelante en el camino que conduce a la concepción autónoma del derecho subjetivo procesal; pero su error está en la falta de discernimiento entre el área de la obligación del juez y el área del derecho de la parte: "*la acción no es el derecho a la tutela jurídica, sino el derecho al cumplimiento de actos en que se resuelve la tutela; en otras palabras, no es el resultado sino el medio el que representa su contenido*".

En el Sistema, el sujeto pasivo del derecho subjetivo procesal es el oficial del proceso, el asesor o el árbitro. Se excluye así, ante todo, que la acción sea un derecho contra el oficio y, puesto que el oficio no es otra

cosa que un órgano del Estado, un derecho contra el Estado. (Carnelutti, 1944, II, 646) Tampoco es un derecho contra la otra parte, es un derecho contra el funcionario judicial, principalmente el juez, y no contra el tribunal, órgano del Estado.

La acción como derecho abstracto en la doctrina venezolana

Para Cuenca (1976, I, 135), la acción es un poder público, puesto al servicio de un interés colectivo, que provoca la actividad jurisdiccional para obtener la tutela jurídica del Estado. Es un poder que la ley coloca a disposición de todos los ciudadanos, sin distinción alguna, garantizado expresa e implícitamente por los ordenamientos jurídicos contemporáneos. El interés colectivo debe entenderse en el sentido de que la acción la ofrece el Estado a la colectividad; es decir, a todos los ciudadanos, sean titulares o no del derecho reclamado. Por tanto, la acción es un derecho a la tutela jurídica del Estado, pero que no es todo el derecho ni puede confundirse con el derecho sustancial o material que se reclama a través del ejercicio de la acción.

El planteamiento del gran procesalista venezolano se inscribe en el concepto de acción en sentido abstracto, como un derecho a la tutela jurídica del Estado que pertenece a todos los ciudadanos, al margen de que exista o no el derecho sustancial reclamado. Esta tutela se presta, en la tesis de Cuenca, en interés colectivo.

Rengel-Romberg (1991, I, 117) define la acción como el poder jurídico concedido a todo ciudadano, para solicitar al juez la composición de la litis, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado.

El autor destaca las siguientes notas en su definición:

a) La acción es un poder jurídico perteneciente a la categoría de los derechos subjetivos. Frente al poder del particular de ejercitar el derecho de acción, está el deber del juez de proveer sobre la demanda en la cual la acción se ejercita, deber cuya omisión está penada como denegación de justicia.

b) Ese derecho subjetivo o poder jurídico en que consiste la acción, pertenece a todo ciudadano, y es por tanto, un derecho subjetivo público o colectivo, porque tiene su origen en el interés colectivo y público en la solución jurisdiccional de los conflictos.

c) Con la acción se pide también al juez que actúe la pretensión, porque la no satisfacción de ésta o su resistencia por parte del demandado, origina el conflicto cuya solución es un interés de la colectividad y su satisfacción un interés privado del demandante. Por tanto, no se trata de un poder jurídico desconectado de todo interés, sino fundado en el interés público en la solución jurisdiccional de los conflictos y al servicio del interés privado en la satisfacción de las pretensiones.

d) El derecho de acción se ejercita en la demanda, y ésta contiene también el ejercicio de la pretensión que el demandante hace valer contra el demandado, cuyo examen hace el juez al proveer sobre la demanda.

e) Al lado del interés colectivo y público que mueve a la acción, existe en todo proceso el interés individual y privado en que se funda la pretensión. La satisfacción de este interés privado, mediante la actuación jurisdiccional de la pretensión, o su denegación por el juez con el rechazo de la demanda, satisface o rechaza, según el caso, la pretensión, pero siempre satisface el derecho de acción. (RENGEL-ROMBERG 1991, I, 118)

Para RENGEL-ROMBERG, la acción no es una mera potestad sino un derecho subjetivo de carácter público que tiene como correlato el deber del juez de proveer sobre la demanda. Al margen de la concepción sobre la naturaleza de la acción y la diferencia con Chiovenda y Calamandrei sobre el destinatario de la acción, se puede observar un acuerdo en cuanto a la confluencia del interés público *en la solución jurisdiccional de los conflictos,* con el *servicio del interés privado en la satisfacción de las pretensiones.*

PESCI-FELTRI (2000, 68) define el derecho a la acción como el derecho subjetivo que tiene toda persona de pretender la intervención del órgano jurisdiccional para la resolución de controversias jurídicas mediante la declaración de la voluntad de ley aplicable al caso concreto. Precisa que es un derecho autónomo y distinto del derecho subjetivo

que con ella se propone al conocimiento del juez. El fin que persigue el Estado al conceder tal derecho al demandante es permitirle poner en movimiento la función jurisdiccional, y como con ella, a su vez, se persigue la resolución de una controversia jurídica, mediante la declaratoria de la voluntad concreta de ley, presidiendo del hecho de que tal voluntad sea o no favorable a quien ejerza dicho derecho, y concluye en que el derecho de acción es un derecho abstracto, ya que ha sido creado para que con su ejercicio se persiga la resolución de la controversia planteada, haciendo abstracción de que la declaratoria que se obtenga para resolver la controversia planteada (sentencia) reconozca una voluntad concreta de ley a favor del actor (positiva) o a favor del demandado (negativa).

Esta última posición tiene en cuenta el deslinde que hace Calamandrei, antes citado, entre la acción como acto, y la acción como derecho; y también establece el carácter abstracto del derecho a la acción.

La constitucionalización de la acción: La acción como forma típica del derecho de petición.

Couture (1981, 74) explica que si la acción es un modo de sustituir el ejercicio de los derechos por acto propio, mediante la tutela por acto de la autoridad; y si esa sustitución sólo se realiza a requerimiento de la parte interesada, ¿no cabe admitir que ese requerimiento, o más correctamente, ese poder de requerir, forma parte del poder jurídico de que se halla asistido todo individuo, de acudir ante la autoridad a solicitar lo que considera justo?

La acción civil no difiere, en su esencia, del derecho de petición ante la autoridad. Este es el género; aquélla es una especie. Otras especies del derecho de petición, caracterizadas por formas y modalidades especiales, son la apelación de ciertos actos del gobierno municipal ante el Parlamento, el contencioso administrativo, la querella criminal, el ejercicio judicial de los derechos de rectificación y de respuesta en materia de imprenta, etc. (Ibidem, pág. 77)

Dentro de esta corriente se halla Duque Corredor (2000, I, 91), quien definió la acción judicial como la facultad que tienen todos los

ciudadanos de acudir a los tribunales en solicitud de justicia y, por esta razón, es por lo que forma parte del derecho general que los asiste para hacer peticiones, tal como lo acepta la doctrina moderna.

El derecho constitucional de acceso a la justicia

La acción como forma típica del derecho de petición, fue la idea dominante en las aulas universitarias venezolanas hasta la promulgación de la Constitución de 1999, la cual consagra el derecho de acceso a la justicia en su artículo 26, dando lugar a un nuevo aspecto de la discusión sobre la naturaleza de la acción.

"Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente."

Dentro de esta idea, Ortiz-Ortiz (2001, 120) caracteriza la acción como la posibilidad, garantizada por la Constitución, de acudir ante el servicio público de la jurisdicción (en ejercicio de esa función) a realizar determinadas peticiones; y en consecuencia es una posibilidad absoluta ya que todos tienen esa misma "posibilidad", con derecho lesionado o no, independientemente del interés y de la legitimidad. La acción es un aspecto del "derecho de acceso a la jurisdicción" sin condicionamiento alguno, en ejercicio pleno de la libertad.

La disposición constitucional venezolana tiene como antecedente el artículo 24.1 de la Constitución española:

"Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los que jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión."

En relación con esta disposición constitucional, Montero et Al (2000, 1, 249), manifiesta:

"Posiblemente sin relación con el debate doctrinal en torno al derecho de acción, el constituyente español plasmó en el art. 24.1 de la CE un derecho fundamental de "todas las personas a obtener la tutela judicial

efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión", que se ha convertido en el derecho estrella, el que se alega con más reiteración y el que, sin duda, está dando lugar a mayor número de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional."

Entre los contenidos esenciales del derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva, se encuentra, de acuerdo con el autor citado, el acceso a la justicia, entendido como la *posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para que éstos se pronuncien sobre la pretensión que formule un titular del derecho*. El primer contenido del derecho se refiere, obviamente, a la *posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para que éstos se pronuncien sobre la pretensión que formule un titular del derecho*; y agrega: *El derecho a la jurisdicción no es sólo esta posibilidad de acceso, pero ella es presupuesto lógico de todos los otros posibles contenidos del derecho* [a la tutela jurisdiccional efectiva].

Sostiene Carocca (1998, 108), que el concepto de acción no es equivalente al de tutela, al que se refiere dicho texto normativo. La adecuada resolución de la cuestión de las relaciones entre la tutela judicial y la acción, requiere a su juicio tener presente que tutela designa la posibilidad de una persona de intentar proteger o amparar un interés que no le resulta satisfecho por otro sujeto. Este amparo o protección del interés propio puede alcanzarse por dos vías: mediante su acción directa, física, caso en el que se habla de autotutela, prohibida con carácter general en el actual estado de evolución del Derecho, sin perjuicio de que subsistan algunas excepciones; o, bien, mediante el recurso a un tercero dotado de autoridad suficiente para decidir si ese interés frente al del oponente, debe o no ser reconocido por el ordenamiento jurídico, caso en el que la acción física, procesalizada, se transforma en acción jurídica, en actividad regulada por las normas técnico-jurídicas del procedimiento, hasta arribar a la resolución final de la cuestión y su posterior ejecución.

"La tutela es la finalidad u objetivo que persigue el particular mediante el ejercicio de su acción procesal, y cuando dicha tutela es judicial, quiere decir, otorgada por los órganos jurisdiccionales. Por lo tanto, la tutela

judicial requiere siempre el previo ejercicio de la acción procesal, como requerimiento de tutela que hace posible el inicio y prosecución de un proceso que declare el derecho de las partes en el caso concreto. Esta acción procesal le debe ser garantizada al ciudadano por la organización estatal, desde el mismo instante en que le ha prohibido la autotutela mediante su acción directa. [...]

Entonces, la acción procesal, es el requerimiento de tutela judicial y el conjunto de actividades a través de las cuales la persona, puede solicitarla, procurarla y, finalmente obtenerla." (Carocca 1998, 110-112)

Se refiere Carocca a la acción como acto, claramente diferente en cuanto al sujeto y en el objeto a la tutela judicial, pero esta determinación no soluciona el problema de las relaciones entre la acción como *acto* y la acción como *derecho a la acción*; ni las conexiones entre el derecho de acceso a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el derecho de acceder a la justicia *para hacer valer sus derechos e intereses*, y a la tutela judicial efectiva de éstos.

Para Ortíz-Ortiz (2001, 120) el hecho de hacer valer los derechos e intereses no es la causa sino la consecuencia del derecho de acceder a los órganos de justicia; de tal modo que el ejercicio de la acción es, desde este punto de vista, ilimitado y absoluto en cuanto se entienda la acción como posibilidad de acudir al servicio público de la jurisdicción con independencia de si hay derecho sustancial debatido y si hay razones para sostener una lesión u otro interés sustancial. La acción entonces no se define como un derecho sino de una garantía patentizada en una posibilidad; no es un derecho –como se decía anteriormente– porque no se entiende un derecho para hacer valer derechos, sino la garantía de hacer efectiva la posibilidad de acudir ante los órganos de administración de justicia.

Explica Brewer-Carías (1998, V, 11), que de poco valdría que la Constitución declarara los derechos fundamentales, si no estableciera la garantía de los mismos; es decir, la forma de asegurar y proteger los derechos de manera que su goce y disfrute sea efectivo. Hay, por tanto, una diferencia entre "derechos" y "garantías", aun cuando es muy común llamar

"garantías constitucionales" a los derechos mismos establecidos en la Constitución, produciéndose una identidad entre ambos conceptos, lo cual incluso hace el Diccionario de la Lengua Española. Sin embargo, el derecho es una cosa y la garantía es otra. Esta consiste en los medios y mecanismos previstos para hacer efectivos el primero.

Esta relación del medio con el derecho protegido, que determina el carácter instrumental de las garantías, es relativa; y si bien el derecho de acceder a la justicia es una garantía respecto a los derechos subjetivos materiales, el amparo constitucional es, a su vez, una garantía para hacer valer el derecho a acceder a la tutela jurisdiccional. Por otra parte, el principal efecto de esta distinción consiste en que algunas garantías pueden ser suspendidas en un estado de excepción, pero ello no sucede con la garantía que nos ocupa:

"Artículo 337. El Presidente o Presidenta de la República, en Consejo de Ministros, podrá decretar los estados de excepción. Se califican expresamente como tales las circunstancias de orden social, económico, político, natural o ecológico, que afecten gravemente la seguridad de la Nación, de las instituciones y de los ciudadanos, a cuyo respecto resultan insuficientes las facultades de las cuales se disponen para hacer frente a tales hechos. En tal caso, podrán ser restringidas temporalmente las garantías consagradas en esta Constitución, salvo las referidas a los derechos a la vida, prohibición de incomunicación o tortura, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los demás derechos humanos intangibles."

Entre las garantías referidas al derecho al debido proceso se encuentra el denominado derecho de acceso a la justicia, aquél no podría hacerse efectivo sin éste, el cual no podrá ser suspendido; por consiguiente, la distinción entre derechos y garantías carece de valor práctico a los efectos de este comentario.

Del resumen de la doctrina española sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, se hace evidente que el artículo 26 de la Constitución venezolana recibió la influencia de la Constitución española y de la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional español, el cual consideró implícitos en el derecho a la tutela judicial, entre otros, el de-

recho a acceder a la justicia y el derecho a una decisión pronta que tutele los derechos subjetivos.

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia a los pocos meses de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela equiparó la facultad de solicitar la tutela judicial con la acción, al afirmar:

"La acción se corresponde desde el punto de vista subjetivo con el derecho que tienen los particulares de solicitar a los órganos jurisdiccionales la tutela de sus derechos e intereses, facultad está que se contrapone con la potestad juzgadora del Estado. Ahora bien los sujetos de derecho ejercen esta facultad, según la naturaleza jurídica de la pretensión, mediante la demanda u otra institución procesal tendiente a la iniciación del proceso como la denuncia, el recurso y las solicitudes incoadas ante los tribunales. (SPA 29-3-00, exp. 11.611, dec. 700)

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, definió la acción, así:

"La acción es el derecho de las personas a exigir de los órganos jurisdiccionales, mediante el proceso, la resolución de una controversia o de una petición, ***independientemente de que obtengan o no sentencia favorable****. La acción pone en movimiento a la jurisdicción y una de las formas de su extinción es la sentencia que finaliza definitivamente el proceso. Con el ejercicio del derecho de acción se crea en el Estado, por intermedio del órgano jurisdiccional competente, la obligación de prestar la función jurisdiccional.* (SCon 29-6-01, exp. 00-2350, dec. 1167)

La definición citada alude, en principio, al derecho a la acción, pero al referirse a su *ejercicio* que hace nacer la obligación de ejercer la función jurisdiccional, apunta a la acción como acto que pone en marcha la jurisdicción.

Acepta la Sala Constitucional el carácter abstracto de la acción, al punto de que no sólo niega que el derecho a la acción comprenda el derecho a obtener una sentencia favorable; además, afirma que el derecho de acceso a la justicia no comprende el derecho a una sentencia acertada:

"Si bien es cierto que el derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 26 de la Constitución, comprende también el derecho a una tutela judicial efectiva y a un debido proceso, en que se obtenga una resolución de fondo debidamente razonada, este derecho no comprende una garantía de que las sentencias sean acertadas. Esto es, que no puedan ser jurídicamente erróneas por una infracción de la ley o por errores cometidos en la apreciación o establecimiento de los hechos o de las pruebas." (SCon 15-2-00, exp. 00-0052, dec. 29)

No quiere decir la Sala que el juez tenga la facultad de atenerse o no a la ley o a los hechos y pruebas del expediente, sino que la tutela que ampara la obtención de un fallo correcto no tiene rango constitucional; pertenece a la esfera legal y se ejerce a través de los medios procesales establecidos: en lo civil, *lato sensu,* primordialmente a través de la apelación y la casación.

Sin embargo, este derecho abstracto a la decisión judicial, no está preordenado al amparo del interés público en la actuación del derecho, como en las antiguas teorías sobre el carácter abstracto de la acción, ni simplemente a proveer sobre el interés público en la solución del conflicto; sino en defensa de los derechos e intereses del justiciable que acude a pedir justicia; o, en otros supuestos, proveer en protección de intereses colectivos o difusos.

"El artículo 26 de la vigente Constitución establece con carácter constitucional, el derecho de acceso a la justicia, lo cual se logra mediante la acción.

Con el ejercicio de la acción, las personas tratan de hacer valer sus derechos o intereses. Se trata de derechos subjetivos e intereses jurídicos, requiriendo el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, norma que rige el proceso en general, que dichos intereses sean actuales.

Todo derecho subjetivo que se hace valer mediante la acción involucra un interés jurídico, el cual consiste en el interés sustancial en la obtención de un bien, que, como expresa el Profesor Calamandrei (Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código. EJEA. Buenos Aires. 1973. Tomo I. Pág. 269), constituye el núcleo del derecho subjetivo." (SCon 22-9-00, exp. 00-1289, dec. 1077)

Por otra parte, es de observar la afirmación de la Sala: *el derecho de acceso a la justicia* comprende *el derecho a una tutela judicial efectiva*. La disposición constitucional venezolana trata individualmente estos derechos, sin por eso negar su íntima relación. La jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no ha sido pacífica en cuanto a la naturaleza de la relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a acceder a la justicia.

En efecto, a diferencia de la decisión antes citada, la Sala Constitucional al establecer el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, expresó:

"Por su parte, el artículo 26 de la Constitución que junto con el artículo 257 eiusdem han sido denunciado infringidos; establece el primero de ellos lo que se ha llamado el ***derecho a la tutela judicial efectiva que comprende el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a obtener una decisión en derecho y el derecho que esa decisión sea efectiva****. Asimismo garantiza dicho artículo la gratuidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad y celeridad en la administración de justicia, así como que dicha función debe ser equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos o reposiciones inútiles. El referido artículo 257 establece la instrumentalidad del proceso como medio de actualización de la justicia y define sus características esenciales indicando que éste debe ser determinado por la Ley. No comprenden el derecho a la tutela judicial efectiva ni el derecho al debido proceso, el de que la decisión resultante de un proceso sea aquella querida o que beneficie al titular de dichos derechos, sino que dicha decisión sea obtenida dentro del proceso legalmente establecido, desarrollado sin infracción de los particulares derechos a que se refiere el artículo 49 de la Constitución y con las características de celeridad, ausencia de formalidades no esenciales y otras contempladas en los artículos 26 y 257 eiusdem."* (SCon 20-9-01, exp. 01-1114, dec. 1745)

Todavía cabe citar una tercera decisión que nos habla del contenido del derecho a la defensa:

"Observa asimismo esta Sala que, en efecto, el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, contempla el procedimiento aplicable, conforme

al artículo 533 ejusdem, a cualquier incidencia que surja durante la fase de ejecución de sentencia que no se corresponda con los supuestos contemplados en el artículo 532 del mismo Código, y que tal procedimiento debió ser aplicado, y aunque el auto que declaró suspendida la ejecución de la sentencia sin abrir el procedimiento previsto en el artículo 607, pudo ser objeto de apelación por la parte afectada, de acuerdo con el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, el procedimiento de amparo efectivamente resulta un medio procesal breve, eficaz y sumario más apropiado para restablecer la situación jurídica infringida. Siendo así, considera esta Sala que, puesto que ***el derecho a la defensa*** *invocado por el accionante, recogido en la Constitución de 1961 en su artículo 68 y contemplado en el artículo 49 de la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela,* ***comprende el derecho a la tutela judicial efectiva y comporta tanto el derecho de acudir a la jurisdicción como el derecho al debido proceso y a la obtención de una decisión eficaz****, y aunque se ha considerado preciso que los recursos que la ley otorga como vías de ejercicio de esos derechos sean efectiva y oportunamente ejercidos por el legitimado para ello, en el caso de autos, la acción de amparo resulta la vía más expedita para lograr el restablecimiento de la situación jurídica infringida."* (SCon 15-2-00, exp. 00-027, dec. 30)

La clave de la solución se encuentra en la negación de que se trata de derechos que son subsidiarios o están comprendidos uno en el otro: uno comporta –implica– el otro. Así el ejercicio del derecho a acceder a la justicia es presupuesto de la tutela judicial efectiva, y con su ejercicio se protegen los derechos e intereses del particular que pide justicia. Se trata entonces de derechos conceptualmente diferentes, pero estrechamente relacionados, que tienen incluso áreas concurrentes, pero que no están en una relación de continencia.

Por otra parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, definió así el derecho a la tutela judicial efectiva:

"La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a

toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución. Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él. El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades." (Scon 27-4-01, exp. 00-2794, dec. 576)

Se puede observar la influencia de la doctrina española, que deriva el derecho a acceder a la justicia del derecho a la tutela judicial efectiva. Para GÓMEZ DE LIAÑO ET AL (2000, I, 200 y ss), este último comprende:

1. Derecho de acceso a la justicia.

2. Derecho a una sentencia de fondo.

3. Derecho a la ejecución.

4. Derecho a un proceso con todas las garantías (derecho al proceso debido).

En Venezuela, se insiste, la disposición constitucional garantiza ambos derechos: el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. Es respecto a esta última que se puede predicar que contiene el derecho a una sentencia de fondo y el derecho a la ejecución, dentro de un debido proceso.

En primer término se hará un breve resumen de la jurisprudencia sobre el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, para luego exponer los criterios sobre el derecho a acceder a la justicia, para darle continuidad a la exposición en relación con las consideraciones que luego se harán sobre la acción y su relación con el acceso a la justicia.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a una sentencia de fondo, el cual está sujeto al cumplimiento de los presupuestos procesales para tal pronunciamiento, e implica el derecho a una pronta decisión:

"Debe tenerse presente, entonces, que la existencia de las causales de inadmisibilidad se justifica en la medida que ellas sirven para evitar un proceso inútil, con defectos u omisiones importantes, que impidan la decisión de fondo, despojándolo de demoras innecesarias, preparando el trayecto para que pueda producirse la sentencia que resuelva el asunto planteado, es decir, para que el justiciable pueda obtener una sentencia que se pronuncie acerca de su pretensión, luego de un debido proceso." (SC 25-9-01, exp. 01-0355, dec. 1764)

"El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se

garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.

La conjugación de artículos como el 2, 26 ó 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles.

En este orden de ideas, considera esta Sala, que la decisión de un tribunal de última instancia mediante la cual se declare inadmisible una acción, basada en un criterio erróneo del juzgador, concretaría una infracción, en la situación jurídica de quien interpone la acción, del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual si bien no ha sido alegado por los accionantes, puede ser analizado de oficio por el juez constitucional, tal como ya lo ha dicho esta Sala en numerosos fallos." (SCon 10-5-01, exp. 00-1683, dec. 708)

El excesivo retardo en decidir, de acuerdo con el criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, viola el derecho a la tutela judicial efectiva:

"En cuanto a la omisión de pronunciamiento, esta Sala observa que, el 27 de octubre de 1998, según consta en copia, que está certificada, del Libro Diario del Juzgado Superior Tercero Agrario Accidental, comenzó a correr el lapso de cuarenta (40) días hábiles de despacho para que se dictase sentencia en la causa identificada con el nº 2-93-041 nomenclatura del referido Tribunal y que a la fecha han pasado más de tres (3) años sin que se hubiere dictado sentencia en el referido expediente, a lo cual se añade que las partes manifestaron en la audiencia que ignoran la ubicación y destino del expediente de la causa posesoria. Esta tardanza y dicha ignorancia constituyen una evidente violación al derecho de toda persona a la obtención de una tutela judicial efectiva y, con ello, a la obtención de

una justicia oportuna, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (ex artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela)." (SCon 18-7-02, exp. 01-1376, dec. 1686)

Por lo que respecta al derecho a que la sentencia sea ejecutada, cabe advertir que se trata de una ejecución en los términos en que fue dictado el fallo: *la Sala ha precisado, y lo reitera en esta oportunidad, que los artículos 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establecen el derecho de los ciudadanos a gozar de una tutela judicial efectiva, la cual comprende, no sólo el acceso a la justicia, sino que toda sentencia sea oportunamente ejecutada en los términos en que fue proferida*. (SCon 11-12-01, exp. 00-1752, dec. 2615)

Dicho derecho carece de relación con las posibilidades materiales de ejecución, la cual en materia civil sólo puede realizarse sobre el patrimonio del ejecutado; por consiguiente, si no existen bienes, no se pueden localizar, o son inembargables, podría frustrarse el cumplimiento de lo sentenciado, sin que por ello se menoscabe el derecho a la tutela judicial efectiva.

Toda la actividad jurisdiccional debe realizarse dentro del marco del debido proceso, el cual es necesario para que el Estado pueda prestar una tutela judicial efectiva: *Se denomina debido proceso a aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas*. (SCon 15-3-00, exp. 00-0118, dec. 97)

Como síntesis de muchas de las ideas testimoniadas, se puede citar la siguiente decisión de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

La tutela a los derechos constitucionales, en el proceso, debe consistir primordial y, en principio, completamente, en la facilitación de los medios para obtener una decisión que se ajuste a lo alegado y probado en autos, y que en su transcurso se respeten los derechos correspondientes a cada una de las partes. Es decir, proveer del acceso sin requisitos de inadmisibilidad desnaturalizantes del derecho de acción; excitar la conciliación de los con-

tendientes; asegurar el control a las partes de los medios de prueba; evitar las dilaciones injustificadas, y otros por igual. El proceso debe permitir el acceso y fijar una ruta segura, que dé a los litigantes las condiciones para discernir sin presiones desmedidas lo que más les convenga, y que no sea sólo la apremiante necesidad de recursos la que los lleve a componer la litis en posición de clara desventaja. (SCon 23-5-00, exp. 00-0269, dec. 442)

No obstante la jurisprudencia transcrita, que vacila en cuanto a una relación de continencia entre el derecho a acceder a la justicia y el derecho a la tutela judicial efectiva, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia percibe la existencia autónoma de ambos derechos, cuando confirma:

"De manera que, el derecho constitucional contemplado en el artículo antes transcrito, [26 CRBV] refiere dos bienes jurídicos relacionados entre sí, pero que merecen un tratamiento diferenciado, ya que en dicha norma se hace referencia a unas garantías procesales por una parte y por la otra, a una garantía previa al proceso, que comporta una interacción entre el justiciable debidamente asistido por abogado y el órgano jurisdiccional, interacción que sólo se logra a través de un eficaz acceso a los tribunales, dado que, el primer paso para acceder al órgano jurisdiccional y por ende al proceso, empieza por el acceso físico a lo que constituye la sede de dicho órgano, y cuando se limita o de alguna manera se restringe dicho acceso, sin duda alguna se está transgrediendo el precepto constitucional antes referido." (SCon 5-6-01, exp. 01-0108, dec. 969)

En posterior sentencia, la Sala Constitucional, luego de transcribir la sentencia que antecede, expresa:

"Observa esta Sala, que el derecho de acceso a la justicia no solo comporta el acceso formal, a través de la "acción", por medio de la cual se hacen valer los derechos e intereses individuales, colectivos o difusos, sino que se requiere que tal acceso sea efectivo, fáctico y jurídicamente eficaz, esto es, que pueda materializarse; exigencia ésta, que implica la obligación de garantizar el acceso físico a las sedes judiciales, tribunales colegiados o unipersonales, en fin, a los espacios destinados previamente para la administración de justicia. (SC 24-1-02, exp. 01-0770, dec. 77)

Entonces, la acción, como acto, está protegida por el derecho a acceder a la justicia, en sentido formal; pero dicho derecho no sólo tutela el ejercicio de la acción, sino que tiene un aspecto material que incluye la posibilidad física de acceso al tribunal. Al respecto es necesario observar que el derecho a acceder a la justicia, en sentido material, es necesario verlo, además, en sus alcances sociológico, económico, etc.

En relación con la posibilidad de acceder a los tribunales, la Sala Constitucional ha admitido, la viabilidad de la actuación de amparo constitucional por medios electrónicos, siempre que luego se ratifiquen personalmente las actuaciones:

"Esta Sala por interpretación progresiva del artículo 16 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales admite que, dentro del medio telegráfico a que hace alusión dicho articulado, está incluido el Internet como medio posible de interposición de la petición de amparo constitucional, limitándola a casos de urgencia y a su ratificación, personal o mediante apoderado, dentro de los tres (3) días siguientes a su recepción. Ello es así con el fin de no limitar el derecho de acceso a la justicia del accionante, por constituir no sólo un hecho notorio la existencia del Internet como medio novedoso y efectivo de transmisión electrónica de comunicación, sino que, además, dicho medio se encuentra regulado en el ordenamiento jurídico venezolano por el reciente Decreto Ley Nº 1204 sobre Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela Nº 37.148 del 28 de febrero de 2001, en donde se le da inclusive valor probatorio a dichas transmisiones." (SCon 27-11-01, exp. 01-1576, dec. 2402)

También se relaciona con el derecho de acceder a los tribunales la distribución de competencias por el territorio:

"Ahora bien, esta Sala observa que, aun cuando el acto que dio origen al agravio se efectuó en la ciudad de Maturín, sus efectos se materializaron en el lugar del domicilio del accionante, donde éste tuvo conocimiento de su contenido. Por tal motivo y atendiendo a la protección del derecho de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva, esta Sala considera que el Tribunal competente para conocer de la presente causa es el Juzgado Segundo

de Primera *Instancia en lo Civil, Mercantil y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui. Así se decide."* (SCon 5-6-02, exp. 02-0276, dec. 1073)

El sujeto pasivo del derecho a acceder a la justicia es el Estado, que actúa a través de sus funcionarios, pero el Estado responde por la conducta de éstos:

"Artículo 49.8. CRBV. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, juez o jueza y del Estado, y de actuar contra éstos o éstas."

De la misma disposición se observa que la responsabilidad del Estado no excluye la del funcionario, resultado de la obligación nacida del hecho ilícito civil, y del precepto constitucional que reitera la responsabilidad por el ejercicio de la función pública:

"Artículo 255 CRBV. [...]
Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificadas, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones."

Si se entiende la acción como la actuación de la parte, realizada mediante la presentación del libelo de demanda, que insta la actuación de la jurisdicción, se apreciará que está protegido por el derecho formal a acceder a la justicia, pero que éste tiene un contenido más amplio, pues además de proteger la facultad de provocar la actuación de la jurisdicción, incluye el derecho formal de acceso a posteriores actuaciones; es decir, el derecho a acceder a la justicia protege las actuaciones de impulso procesal a todo lo largo del proceso. Un aspecto de esta persistencia de la tutela, se manifiesta así:

"En ese sentido, esta Sala hace notar, que sería contrario al derecho de acceso a la justicia, que la Corte de Apelaciones hubiese inadmitido el

recurso, sólo porque el recurrente en apelación erró en el señalamiento de las disposiciones normativas para fundamentar la apelación.

En ese sentido, esta Sala señaló en la sentencia del 17 de enero de 2001 (caso: Néstor Guillermo Angola Strauss), lo siguiente:

"...No concuerda la Sala con la apreciación de la Corte de Apelaciones según la cual, la exigencia de apelar a través de un escrito debidamente fundado, 'alude a la necesidad de indicar la fuente normativa que concede el medio recursivo y los casos legalmente establecidos para ejercer dicho derecho', aserto que queda contradicho por el principio general según el cual el juez conoce el Derecho y, por tanto, la omisión de señalamiento de dicha fuente normativa o un error en el mismo, deberían ser enmendados por el juez, que conoce el Derecho, en lugar de convertirse en formalismos que obstaculicen el cabal ejercicio del derecho de acceso a la justicia.".

En el caso sub examine, al admitir la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Anzoátegui, el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de la ciudadana MARÍA TERESA DÍAZ, garantizó el derecho al acceso a la justicia, en aras de la tutela judicial efectiva. Igualmente, cabe acotar que, el recurso de apelación contra sentencia establecido en el Código Orgánico Procesal Penal, según lo disponía el entonces artículo 444, hoy 452, establece motivos para su fundamentación, mientras que el recurso de apelación contra autos, previsto en el entonces artículo 439, hoy 447, no establece ningún motivo especial, por lo que perfectamente permitía que el presunto Tribunal agraviante pudiese subsanar el error de fundamentación legal del recurso de apelación, en el cual acarreó la parte querellante del juicio penal, sin menoscabar algún derecho constitucional." (SCon 8-2-02, exp. 01-2650, dec. 197)

La jurisprudencia ha encontrado analogías entre la acción, como instancia a la prestación del servicio jurisdiccional que ejercida con la demanda da inicio al proceso, y los recursos, como impulso de parte para la revisión de la decisión sobre la controversia, o para el pronunciamiento sobre la legalidad de la sentencia:

"En cuanto al escrito presentado por el recurrente, en fecha veintinueve (29) de enero del año 2002, luego de vencido el lapso de formalización, en el

cual se solicita que la Sala case de oficio el fallo recurrido, se advierte que el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, para "casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que ella encontrare, aunque no se las haya denunciado", está sujeto a que éste haya sido válidamente interpuesto y formalizado.

Se trata de una situación análoga a la prevista en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes. No puede la casación conocer sin que exista una válida interposición, perfeccionada con la formalización, pero una vez cumplido el necesario impulso de parte, puede casar de oficio el fallo que afecte el orden público, aun por motivos no denunciados." (SCS 14-2-02, exp. 01-797, dec. 1.)

La Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia (11-11-98), en doctrina acogida tanto por la actual Sala de Casación Civil como por la Sala de Casación Social, explicó el uso de la palabra "instancia" entre otros significados, como impulso procesal de parte:

"Nuestro Código de Procedimiento Civil utiliza el término instancia en dos sentidos diferentes:

1) Como solicitud, petición o impulso, cuando alguna disposición exige que el juez proceda a instancia de parte.

2) Como proceso judicial de conocimiento, desde que se inicia con la demanda, hasta la sentencia definitiva de fondo. En tal sentido habla el Código de jueces de instancia, o juez de primera o segunda instancia.

En relación con el significado del vocablo, expresa Carnelutti:

"…la palabra demanda se reserva para significar el acto compuesto que resulta de combinar la instancia con la alegación, la voz más adecuada para designar el acto cuya noción he intentado esbozar es instancia; la prefiero a solicitud, porque expresa mejor el concepto de estímulo, y casi diríamos de impulso, a hacer".

Este carácter de impulso que tiene la instancia, aceptado con reticencia por el autor citado, dado que en general el juez impulsa de oficio el proceso, resulta claro al leer el artículo 11 de nuestro Código de Procedimiento Civil:

"En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes".

La demanda que de acuerdo con el artículo 399 eiusdem da inicio al proceso ordinario, es un acto compuesto por la instancia, o sea, el necesario impulso de parte y la alegación, que consiste en la afirmación de los hechos a título de razón de las conclusiones, o dicho de otra manera, la expresión de las razones que sustentan la pretensión.

Se puede afirmar que la apelación en el proceso venezolano es instancia pura, pues basta la expresión de la voluntad de apelar para dar impulso al proceso, abriéndolo a un nuevo grado, denominado en otro sentido segunda instancia, en el cual se va a decidir de nuevo acerca de la misma pretensión contenida en el libelo de demanda." (Ver SCC 20-12-01, exp. 74-007, dec. 471)

La Sala de Casación Civil ha utilizado el concepto de pretensión manifiestamente improponible, para indicar aquellas demandas con las cuales se ejerce la acción para la tutela de una pretensión no protegida o no viable en derecho:

"Con base en la precitada doctrina y en mérito de los argumentos antes expuestos, esta Sala de Casación Civil amplía el criterio establecido en las sentencias del 27 de julio de 1994, ratificada en fecha 23 de septiembre de 1999, y establece, que en materia del recurso de casación de la invalidación, prevista en el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil, además de los supuestos establecidos en dicha doctrina, es necesario que se cumplan los presupuestos, considerados por la Sala, para la existencia y validez del proceso, necesarios para lograr la satisfacción de la tutela judicial, y que por vía de consecuencia exista procesalmente una sentencia favorable o adversa, recurrible en casación, conforme se ha venido aplicando en los asuntos ordinarios.

En consecuencia, en la admisión de un recurso de casación, para su sustanciación y posterior decisión, la pretensión debe ser atendible en derecho, y no una manifestación improponible, como lo es subiudice, que contraría los principios de economía y celeridad procesal, en clara contravención de los postulados contenidos en los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela." (SCC 23-2-01, exp. 00-024, dec. 13)

Sin embargo, la Sala Constitucional ha considerado que de negar el juez la admisión de la demanda por una causa no establecida en la ley, viola el derecho a acceder a la justicia:

"Por otra parte, el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, señala las condiciones que debe cumplir la solicitud de amparo. Se trata de un conjunto de cargas procesales mínimas a ser cumplidas por la parte actora. Aunado a ello, el artículo 19 eiusdem faculta al juez para ordenar la corrección de la solicitud de amparo si esta fuere oscura o no llenare los requisitos exigidos por el artículo 18 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Estima la Sala que la disposición del artículo 19 es una norma rectora del proceso que instruye al sentenciador sobre la conducta a adoptar frente a determinadas inconsistencias en las peticiones de amparo, más dicha norma no puede ser usada como fundamento jurídico de la corrección frente a una causal no establecida en la Ley como lo es el requisito de presentar en copia simple o certificada la sentencia impugnada. Por ello, resultaría violatorio del derecho de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva inadmitir la demanda de amparo con fundamento en una causal que no se encuentra consagrada en el texto legal. En estos casos deberá hacerse uso de la disposición consagrada en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que otorga al sentenciador amplias facultades para ordenar a la parte actora la consignación del fallo impugnado o para recabarla del propio tribunal al que se le atribuyen las infracciones constitucionales. (SCon 3-7-02, exp. 01-2300, Nº 1503)

Las normas que restringen el acceso a la justicia, tales como los requisitos de admisión de la demanda o las normas sobre caducidad de la

acción, deben ser interpretadas de manera tal que se favorezca el ejercicio de la acción:

"Así, el criterio que fue vertido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia que está sometida a revisión, obvió una interpretación que realizó esta Sala en el marco del principio pro actionae, el cual impone la exigencia de la interpretación de los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción que establece el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con lo cual incurrió en omisión de la aplicación de la norma constitucional en cuestión y así se declara. (SCon 20-9-02, exp. 01-2744, dec. 2229)

La caducidad de la acción, por su estrecha relación con el derecho a acceder a la justicia, sólo puede ser establecida por la ley, lo cual es una manifestación de la reserva legal en la regulación de los derechos y garantías constitucionales; es decir, no pueden las partes establecer contractualmente, como se ha venido haciendo en la práctica jurídica, términos de caducidad:

"El legislador ha creado la caducidad por razones de seguridad jurídica. Para evitar la incertidumbre, establece un límite temporal para hacer valer derechos y acciones, y la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado los extingue. En este sentido, la caducidad disminuye en cierta forma el derecho de acceso a la justicia, ya que a pesar que cualquier persona puede accionar, sin embargo en determinados casos el conocimiento del fondo de las controversias queda eliminado al constatarse que no se incoó la acción dentro del término para ello, y a pesar que esto no limita el derecho de acceso a la justicia, sin embargo lo restringe.

Dada la relación de la caducidad con dicho derecho constitucional de acceso, consagrado en el artículo 26 de la vigente Constitución, la caducidad no puede ser creada contractualmente, ni por voluntad unilateral de los particulares o del Estado, sino solo por mandato legal. De allí, que el artículo 346 numeral 10 del Código de Procedimiento Civil, coloque entre las cuestiones previas "La caducidad de la acción establecida en la Ley". (SCon 29-6-01, exp. 00-2350, dec. 1167)

En la misma sentencia, la Sala Constitucional interpretó las reglas sobre la caducidad del modo más favorable al ejercicio de la acción:

Si no se realiza dentro del tiempo legalmente señalado la actividad prevista por la misma ley, que en cuanto a la acción consiste en su interposición, surgen las dudas si para evitar la caducidad basta solamente incoar la acción, o si es necesario que ella sea admitida por el tribunal que la recibe, y es criterio de esta Sala que ante el silencio de la ley, basta la interposición en el lapso para ello, siendo la nota del secretario la que da fecha cierta a tal actuación, sin requerirse más nada (ni auto de admisión, citación o registro de la demanda), para que se tenga por impedida la caducidad.

[...] Es sabido que la caducidad es la excepción, por su incidencia sobre el derecho de acceso a la justicia, que repite esta Sala, no lo viola pero si lo disminuye en cuanto a la obtención de la tutela judicial efectiva que va unido a dicho derecho de acceso, siendo la regla que la acción no esté sujeta a tales restricciones. (Idem)

Sin embargo, la misma sentencia, luego de considerar excepcional la caducidad, deriva de esta idea una posterior extinción del proceso por falta de impulso:

Este carácter excepcional, que nace de la necesidad de evitar la incertidumbre jurídica en el ejercicio de los derechos y acciones, se refleja en que no basta que la acción se incoe en tiempo hábil, sino que ella debe ser impulsada procesalmente, ya que no tiene objeto –con relación a la necesidad de que se ventilen ciertos derechos con prontitud– recibir la acción y no procesarla, dejándola inactiva. De ser ello posible, la premura exigida por el legislador, para accionar dentro de un término, no solo no tendría objeto, sino quedaría frustrada al continuar la incertidumbre debido a la falta de actividad procesal, y a que realmente no se ventilen los derechos que el legislador quería se juzgaran dentro de un lapso razonable.

Esta especial característica que nace de la razón de ser de la caducidad, se proyecta sobre las acciones sujetas a ella, y las hace diferentes a las ordinarias, en el sentido que de extinguirse el proceso o la instancia antes del fallo de primera instancia, también se extingue la acción, ya que de no ser

así, se estaría ante el contrasentido de haberse establecido términos por el legislador para que se ejercieran las acciones, y los órganos jurisdiccionales dirimieran las pretensiones de la demanda (fin del proceso), y que sin embargo ello no ocurriere porque el accionante dejó extinguir el trámite procesal, manteniéndose indefinidamente la incertidumbre que se trató de evitar. (Idem)

La perención de la instancia es la consecuencia, establecida por la ley, de la falta de impulso, luego de iniciado el proceso, y no puede ser aplicada al margen de las regulaciones legales, ni es constitucional crear por vía jurisprudencial nuevas causas de extinción del proceso por ausencia de impulso, diferentes a las legales.

Conclusiones sobre la acción en el sistema venezolano

1. Algunos autores, citados en el resumen que antecede, explican el problema de los diversos significados de la palabra "acción" y aluden a la diferencia entre la acción, como actuación de parte que da inicio al proceso, o en general, como instancia de parte, y la acción como derecho. Algunos doctrinarios trivializan la acción como acto, otros lo identifican con la demanda, apartando así este sentido de la discusión general sobre la naturaleza de la acción, y otros, luego de precisar la diferencia entre ambos sentidos de la palabra, al desarrollar sus teorías mezclan ambas nociones.

Para dilucidar los múltiples problemas que se suscitan en torno a la acción, es imprescindible la distinción entre acto y derecho a actuar, tal como distinguimos entre el trabajo y el derecho al trabajo, o mejor aun, entre la salud y el derecho a la salud. Así, en la explicación que sigue se utilizará la palabra "acción" para significar la actuación de parte que pone en marcha la jurisdicción, garantizada por el derecho constitucional a acceder a la justicia.

Por otra parte, interesa a los fines de esta exposición precisar la naturaleza de la acción en el derecho venezolano actual, no en la historia, necesaria para entender la evolución del concepto y para sustentar las afirmaciones.

2. Quedó expuesta la explicación de CARNELUTTI sobre la instancia, que se combina con la alegación en el acto (compuesto) al que se da más propiamente el nombre de demanda; asimismo, se relató la idea de RENGEL-ROMBERG sobre el contenido de la demanda: la acción dirigida al Estado para lograr la composición del conflicto, y la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado, cuyo examen realiza el juez al proveer sobre la demanda. Un examen superficial de ambas ideas podría conducir a identificar instancia con acción, y alegación con pretensión. Sin embargo, ello no es así. Debemos tener en cuenta que en la doctrina italiana se denomina demanda a diversos actos de impulso procesal, el principal de los cuales es el acto introductorio del proceso; en Venezuela, demanda es sólo este último. En el curso del proceso, pueden existir actos de instancia sin alegación, o al menos con alegación implícita, tal es el caso de la apelación; mientras que no se concibe acción sin alegación.

Toda acción debe contener, además del natural impulso, las razones por las cuales se pide la actuación de la jurisdicción; estas razones no son la pretensión, pues están dirigidas al juez y no a la parte, para que éste resuelva favorablemente sobre la pretensión.

Cabe entonces precisar que la demanda contiene acción y pretensión; ambas se sustentan sobre las razones de hecho y de derecho expresadas en la demanda, las cuales no se formulan por separado –fundamentos de la acción y de la pretensión– pero ello no es óbice para que se considere que la acción contiene instancia y alegación. No sólo contiene, sino que necesita contener ambos elementos; no existen actos abstractos de inicio del proceso y se actúa para obtener una decisión favorable del juez, lo cual conduce a determinar que la acción, como acto, es concreta y redime el uso de los tribunales, incluso del Tribunal Supremo de Justicia, cuando inicia sus sentencias expresando que se trata de una "acción de amparo", o de una "acción reivindicatoria": se instó a resolver sobre un amparo constitucional o sobre la reivindicación de un bien por su propietario.

3. La acción como acto jurídico es una manifestación de voluntad que produce consecuencias jurídicas. Tal determinación no da cabida a

la tradicional discusión sobre su naturaleza jurídica –si es un derecho, una garantía, una potestad o una carga–; sin embargo, su realización constituye una carga para que el ciudadano obtenga la tutela jurisdiccional de sus derechos e intereses.

4. La instancia o impulso de la acción, en principio, basta para lograr una decisión de fondo en el primer grado de jurisdicción, que con razón se denomina "primera instancia"; pero allí se extinguirá la acción, por efecto de la cosa juzgada formal, es decir, de la firmeza de la decisión definitiva, como observa Alcalá-Zamora (1974, 363), salvo que alguna de las partes inste a que se revise la decisión interponiendo recurso de apelación, para así abrir una "segunda instancia".

Una vez iniciado el proceso, el juez debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal, pero en ocasiones la parte tiene la carga de realizar actuaciones de instancia procesal –cumplir con diligencias para impulsar la citación, reformar la demanda por orden del juez o presentar un nuevo instrumento poder, realizar actos de impulso procesal antes de que transcurra un año sin haberse ejecutado ningún acto de procedimiento por las partes o por el juez– cuya omisión produce la extinción del proceso y con él de la acción, por haberse agotado prematuramente su impulso o instancia.

En el primer caso –decisión definitiva firme– se resuelve la controversia y la decisión alcanza fuerza de cosa juzgada formal, que impide a todo juez volver a decidir sobre la controversia; en los casos expresados en segundo término, no se obtiene una decisión con fuerza de cosa juzgada y, sin embargo, en ambos supuestos se extingue la acción. No es posible confundir la acción, como acto introductorio del proceso, con el derecho que se hace valer con la demanda. Extinguido el proceso podrá el interesado volver a accionar; y si la decisión que extinguió la acción no causa cosa juzgada y no ha transcurrido un lapso de caducidad de la acción, podrá obtener una decisión sobre la litis.

Sólo teniendo en cuenta la explicación que antecede tiene sentido el artículo 19 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías

Constitucionales, el cual determina que en el caso de que el interesado no corrija los defectos observados en la solicitud, la acción se declarará inadmisible. No se refiere a la pérdida del derecho a ser amparado, sino a la extinción del proceso por carencia de impulso.

5. En el sistema venezolano, la acción es la instancia que acompañada de la alegación pone en marcha a la jurisdicción; por consiguiente, quien la realiza es el actor. La afirmación de que el demandado es actor en la excepción –*reus in exceptione actor est*– sólo se puede entender, en el sentido expresado, como una instancia para que se resuelva sobre la excepción y, por consiguiente, como una inversión de la carga probatoria –carga de probar el hecho alegado–. No existen en el curso del proceso sucesivos actos que deban denominarse acción, ni acciona el demandado. Sólo cabría exceptuar los casos en que una nueva instancia incluye una nueva pretensión de fondo –reconvención y demanda en tercería– pues si bien ya la jurisdicción se ha puesto en marcha, lo ha sido para otra controversia de fondo. Con la acción reconvencional o la de tercería nace el deber del juez de decidir un nuevo conflicto.

6. La Constitución venezolana concibe de manera independiente el derecho a acceder a la justicia, y el derecho a la tutela judicial efectiva; todo ciudadano tiene derecho a acceder a los órganos de la jurisdicción para la defensa de sus derechos e intereses, y tiene derecho a recibir una tutela efectiva de esos derechos. Vistos de manera autónoma, en ambos derechos el Estado es el sujeto pasivo y el ciudadano, el activo; pero el énfasis en el derecho a la tutela judicial efectiva está puesto en la prestación del servicio jurisdiccional. Con la acción el ciudadano accede a la justicia y como consecuencia debe recibir una tutela efectiva de sus derechos e intereses.

7. El derecho a acceder a la jurisdicción tiene aspectos formales y materiales, relacionados estos últimos con la efectiva posibilidad práctica de acceder a los tribunales, garantizado por edificaciones idóneas para el desempeño de la función y eficaz distribución de los órganos jurisdiccionales en todo el territorio de la República. Asimismo forma parte del derecho material a acceder a la justicia, el establecimiento de correctivos –asesoría

gratuita y prestación por el Estado de los servicios auxiliares de la justicia– que permitan el acceso de los ciudadanos de menores recursos.

8. El derecho a la acción, entendido de acuerdo con la definición de la Sala Constitucional, arriba transcrita, como el derecho de las personas a exigir a los órganos jurisdiccionales, mediante el proceso, la resolución de una controversia o de una petición, independientemente de que obtengan o no sentencia favorable, forma parte del derecho a acceder formal a la justicia, pero no se agota en éste. Sucesivos actos de ejercicio de los derechos en el proceso están protegidos por el derecho a acceder a la justicia; así el derecho a solicitar medidas cautelares que aseguren la efectiva posibilidad de ejecución, el derecho del demandado a ser citado con suficiente anticipación a la contestación a la demanda, el derecho a las pruebas, el ejercicio de los recursos en el proceso, y en general, los actos de ejercicio de la defensa judicial, están constitucionalmente garantizados.

9. El derecho a la acción tiene carácter abstracto en el sentido tradicional de la doctrina: no incluye el derecho a una sentencia favorable; no obstante la mención de la Constitución que garantiza el acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses. Para determinar si el demandante tiene o no razón es necesario garantizar su acceso a la justicia, sólo al final del proceso podrá determinarse quién tiene razón, como repetidamente han hecho ver los cultores de la tesis de la acción como derecho abstracto. Entonces, la referencia a la defensa de los derechos e intereses se debe entender en el sentido de que es necesario que el demandante aduzca un interés legítimo, al margen de su existencia real, o de su conformidad con la ley, o que actúe en ejercicio de intereses colectivos o difusos cuya representación aduce. Es un derecho a actuar ante la justicia y a ser oído, que se satisface con la posibilidad real de acceder a la jurisdicción.

10. Sin embargo, el interés protegido en primer término es el interés del ciudadano en obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, el cual no es un mero interés privado, pues en su satisfacción, si resultan existentes, está interesada la sociedad. Asimismo, mediante

la jurisdicción el Estado logra la actuación del derecho y garantiza la paz social al resolver institucionalmente las controversias; pero todo en función de la protección de los derechos e intereses de los ciudadanos. En otras palabras, en primer término están los derechos de los ciudadanos, y en segundo lugar el cumplimiento de las funciones del Estado.

11. Por último, con el ejercicio de la acción se pone en marcha el proceso, que debe estar rodeado de todas las garantías constitucionales y procesales –debido proceso legal– a fin de obtener la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, mediante la sentencia de fondo que resuelve la controversia, y por la eventual ejecución de este fallo.

PROHIBICIÓN DE PROCEDER DE OFICIO DESPUÉS DE INICIADO EL PROCESO

El artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, aquí comentado, al prohibir el inicio del proceso sin demanda de parte, prohibición casi absoluta, que sólo cede ante expresa disposición legal, añade que, sin embargo, el juez *puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes*.

En primer término, la citada regla se debe interpretar como una prohibición dirigida al juez de proceder de oficio, salvo expresa autorización legal, o en los supuestos de protección del orden público o las buenas costumbres.

La primera excepción legal es de carácter general y excluye del deber de proceder sólo a instancia de parte, los actos de impulso del proceso:

Artículo 14 CPC. "El juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal. Cuando esté paralizada, el juez debe fijar un término para su reanudación que no podrá ser menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados."

Es decir, tal como lo expresa la relación GRANDI, las partes son libres de fijar el "*thema decidendum*", pero corresponde al juez regular los medios y el ritmo para decidir rápidamente y bien la cuestión planteada.

Entre las facultades de dirección del proceso, está especialmente regulada la de tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes. (Artículo 17 CPC)

Asimismo, como casos de autorización legal para proceder de oficio, cabe citar la falta de jurisdicción del juez respecto de la administración pública; la falta de jurisdicción respecto al juez extranjero, cuando se trate de causas que tienen por objeto bienes inmuebles situados en el extranjero (artículo 59 CPC); la declaratoria de incompetencia por la materia y por el territorio en los casos en que deba intervenir el Ministerio Público, se declarará de oficio en cualquier estado e instancia del proceso, y por el valor en cualquier momento en primera instancia (artículo 60 CPC); la declaratoria de litispendencia (artículo 61); la solicitud de regulación de competencia, en los casos de conflicto de no conocer (artículo 70); declaratoria de no admisión de la representación o asistencia de un abogado que esté comprendido en alguna causal de recusación, declarada existente con anterioridad en otro juicio (artículo 83 CPC); la facultad del juez comisionado para ordenar de oficio la citación por carteles, luego de que no se encuentre al demandado (artículo 227 CPC); la declaración de perención de la instancia (artículo 269 CPC); la revocatoria o reforma de los actos de mera sustanciación o mero trámite (artículo 310 CPC); la declaratoria de inadmisibilidad de la reconvención (artículo 366 CPC); la participación al registrador del embargo de un inmueble (artículo 535 CPC); intimación del tercero poseedor en el procedimiento de ejecución de hipoteca (artículo 661 CPC); y la orden de citación de otros condóminos en el procedimiento de partición (artículo 777 CPC).

Mención aparte merece la facultad de las Salas de Casación de casar de oficio el fallo recurrido, contenida en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, respecto a la cual el Tribunal Supremo de Justicia ha afirmado:

"Se trata de una situación análoga a la prevista en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual el juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes. No puede la casación conocer sin que exista una válida interposición, perfeccionada con la formalización, pero una vez cumplido el necesario impulso de parte, puede casar de oficio el fallo que afecte el orden público, aun por motivos no denunciados." (SCS 14-2-02. Exp. Nº 01-797, dec. Nº 1)

Al margen de las facultades procesales que tiene el juez, para el impulso y buen desenvolvimiento del proceso, puede excepcionalmente decidir sin atenerse a las alegaciones de las partes y en general, tiene facultades para practicar pruebas dirigidas a averiguar la verdad en el proceso.

"Al resolver el interés del menor puede el juez separarse de lo planteado por las partes, porque la protección de la infancia por el Estado tiene carácter de orden público, y en esos casos está autorizado a dictar providencia no solicitadas por los litigantes, de acuerdo al citado artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, y 191 del Código Civil.

En el caso, la protección del menor excede el interés privado de las partes, y por tanto al conceder un régimen de visita diferente al aceptado por la actora, en detrimento del demandado, no incurrió al juez en ultrapetita." (SCC 13-08-92, dec. Nº 324)

Entre las facultades de practicar pruebas de oficio, es menester citar, en primer término, el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil:

"Concluido el lapso probatorio, el juez podrá de oficio ordenar la práctica de las siguientes diligencias:

1° Hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlos libremente, sin juramento, sobre algún hecho que aparezca dudoso u obscuro.

2° Exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que se juzgue necesario.

3° La comparecencia de algún testigo que habiendo sido promovido por alguna de las partes, sin embargo, no rindió oportunamente su declaración, o la de cualquier otro que sin haber sido promovido por las partes, aparezca mencionado en alguna prueba o en cualquier acto procesal de las partes.

4° Que se practique inspección judicial en algún lugar, y se forme un croquis sobre los puntos que se determinen; o bien se tenga a la vista un proceso que exista en algún archivo público y se haga certificación de algunas actas, siempre que en el pleito de que se trate haya alguna mención de tal proceso y tengan relación el uno con el otro.

5° Que se practique alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal, o se amplíe o aclare la que existiere en autos.

El auto en que se ordenen estas diligencias, fijará el término para cumplirlas y contra él no se oirá recurso de apelación. Cumplidas las diligencias, se oirán las observaciones de las partes en el acto de informes."

En otras disposiciones del Código de Procedimiento Civil, se prevé la posibilidad de que el juez, de oficio, ordene la práctica de pruebas. Así, puede el juez, incluso de oficio, disponer que se ejecuten planos, calcos y copias, aun fotográficas, de objetos documentos y lugares, y cuando lo considere necesario, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios, instrumentos o procedimientos mecánicos (artículo 502 CPC); también tiene facultad para mandar a evacuar de oficio las pruebas que considere necesarias en el procedimiento de rectificación de los actos del estado civil (artículo 771 CPC); y en la eventualidad que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia disponga de oficio la evacuación de pruebas en el procedimiento de exequátur (artículo 855 CPC).

Es necesario hacer especial referencia al procedimiento de interdicción, pues es una de las escasas excepciones al principio de que el juicio sólo se puede iniciar a instancia de parte. En efecto, establece el artículo 395 del Código Civil que *pueden promover la interdicción: el cónyuge, cualquier pariente del incapaz, el Síndico Procurador Municipal y cualquier persona a quien le interese. El juez puede promoverla de oficio.*

En el mismo sentido, el artículo 733 del Código de Procedimiento Civil, ordena:

"Luego que se haya promovido la interdicción, o que haya llegado a noticia del juez que en alguna persona concurrieren circunstancias que puedan dar lugar a ella, el juez abrirá el proceso respectivo y procederá a una averiguación sumaria sobre los hechos imputados; nombrará por lo menos dos facultativos para que examinen al notado de demencia y emitan juicio, y practicará lo dispuesto en el artículo 396 del Código Civil y lo demás que juzgue necesario para formar concepto."

Una vez iniciado el proceso, el juez de la interdicción tiene amplias facultades inquisitivas. En tal sentido, de acuerdo con el artículo 734 *eiusdem*, puede promover pruebas de oficio e igualmente, revocar de oficio la interdicción. (Artículo 739 CPC)

En materia mercantil, una vez iniciado el procedimiento de atraso, puede el juez, en ciertos supuestos, declarar de oficio la quiebra, de acuerdo con el artículo 907 del Código de Comercio:

"Si durante la liquidación se descubriere la existencia de deudas no declaradas por el deudor, o la no existencia de acreencias declaradas por él, o si él no cumple las obligaciones o condiciones que le fueron impuestas relativamente a la administración y liquidación de su patrimonio, o bien si aparece culpable de dolo o de mala fe, o que su activo en realidad no ofrece esperanza de pagar la integridad de sus deudas, o siquiera los dos tercios de ellas, el Tribunal, oída la comisión de acreedores, podrá revocar la liquidación amigable y declarar la quiebra y dictar las medidas oportunas para seguir el procedimiento de ésta."

ASUNTOS NO CONTENCIOSOS

Resulta necesario recordar el contenido del segundo párrafo del artículo 11 comentado:

"En los asuntos no contenciosos, en los cuales se pida alguna resolución, los Jueces obrarán con conocimiento de causa, y, al efecto, podrán exigir que se amplíe la prueba sobre los puntos en que la encontraren defi-

ciente, y aún requerir otras pruebas que juzgaren indispensables; todo sin necesidad de las formalidades del juicio. La resolución que dictaren dejará siempre a salvo los derechos de terceros y se mantendrá en vigencia mientras no cambien las circunstancias que la originaron y no sea solicitada su modificación o revocatoria por el interesado, caso en el cual, el juez obrará también con conocimiento de causa."

Marcano Rodríguez (1960, I, 75) precisa que los asuntos no contenciosos son aquellos en los cuales, sin las formalidades del juicio, se ocurre al juez, no para que dicte una decisión entre partes, porque propiamente no las hay, sino para que acuerde alguna resolución o medida de la que no se deriva generalmente gravamen: son casi siempre requisitos que ordena cumplir la ley para llevar a cabo ciertos actos jurídicos. En estos casos los jueces obran con conocimiento de causa, es decir, forman su criterio sobre la procedencia de la solicitud, más que con pruebas propiamente dichas con medios informativos que les ilustren sobre el punto solicitado. El postulante debe, pues, apoyar su petición en hechos, datos, documentos, informaciones, y en todo aquello que, aun sin constituir pruebas formales, concurra a poner al juez en conocimiento del asunto, y de que aquello que se le pide es cierto y justo. En todos estos casos, el juez puede ordenar la ampliación de los elementos que le han ofrecido en apoyo de la solicitud, sobre los puntos que encuentre deficientemente acreditados.

Los procedimientos de "jurisdicción voluntaria" calificados como tales en el Código de Procedimiento Civil venezolano son diversos: el título I contiene las disposiciones generales; el título II comprende los procedimientos relativos al matrimonio y se refiere a la autorización judicial a los menores de edad para contraer matrimonio; el título III trata del procedimiento en asuntos de tutela y comprende la formación del consejo de tutela y las atribuciones del juez al respecto; el título IV regula los procedimientos relativos a las sucesiones hereditarias, apertura del testamento cerrado, reconocimiento del testamento abierto y orden de registro de las actuaciones practicadas, inventario de los bienes de la herencia, nombramiento de curador de la herencia yacente; el título V, concerniente a la autenticación de instrumentos, aplicable a jueces y

notarios; y en fin, el título VI agrupa los procedimientos de la entrega de bienes vendidos, de las notificaciones y de las justificaciones para perpetua memoria.

Sin embargo, los procedimientos de jurisdicción no contenciosa no son sólo los contemplados en el Código de Procedimiento Civil; otras leyes incluyen procedimientos cuya calificación o no como "jurisdicción voluntaria" es ineludible para determinar las formalidades mínimas a seguir en un proceso concreto y los recursos admisibles. Por tanto, es necesario delimitar las características comunes de procedimientos muy diversos, que pueden ser calificados como de jurisdicción no contenciosa, o incluso como simples actos administrativos, ejecutados por el juez o por otro funcionario.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de 24 de marzo de 2000, apoyándose en doctrina española, precisó diferencias fundamentales dentro de los procedimientos de "jurisdicción voluntaria", al expresar:

*"Ahora bien, se hace necesario dilucidar lo siguiente: el procedimiento de entrega material de bienes vendidos es un procedimiento especial de jurisdicción voluntaria contemplado en el Libro Cuarto, Parte Segunda, Título VI, Capítulo I, del Código de Procedimiento Civil; procedimiento de jurisdicción voluntaria éste de los denominados **calificados o mixtos**, los cuales exigen que el juzgador actúe con conocimiento de causa, al igual que el procedimiento preceptuado en el artículo 910 eiusdem, referente a las autorizaciones a los padres y tutores, en los cuales si éstos necesitaren autorización judicial para algún acto respecto de los cuales lo exija el Código Civil, especialmente frente a actos de disposición, el juez siempre deberá en éstos actuar con conocimiento de causa, procedimientos éstos de jurisdicción voluntaria calificados, los cuales se diferencian de los llamados procedimientos de jurisdicción voluntaria **simple o mera** por cuanto los primeros exigen siempre del juzgador –como ya se dijo– que éste actúe con conocimiento de causa; ejemplo de procedimiento de jurisdicción voluntaria simple o mera es el procedimiento pautado para la autenticación de instrumentos preceptuado en el artículo 927 eiusdem. La doctrina clá-*

sica ya había realizado la distinción entre dichos procesos de jurisdicción voluntaria como lo deja sentado el comentarista clásico José de Vicente y Caravantes: "Aunque en los actos de jurisdicción voluntaria no procede el juez según las solemnidades de los juicios, ó según el conocimiento que resulta de lo que arrojan las pruebas judiciales ó recogidas por las vías legales á que se da el nombre de conocimiento legítimo, en la mayor parte de dichos actos, si se exceptúa la apertura de testamento, procede por conocimiento de causa, esto es, de los medios propios para ilustrar la conciencia del juez, a cuyo conocimiento, se llama informativo. La necesidad de proceder sin o con este conocimiento, ha dado ocasión a que distingan los autores la jurisdicción voluntaria en el primer caso, en simple ó mera, y en el segundo en calificada ó mixta." (Confróntese, Don José de Vicente y Caravantes: Tratado, Histórico, Critico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento. Imprenta de Gaspar y Roig, Editores. Tomo IV. Madrid 1856. pag. 524). (SCon 24-3-00, dec. Nº 161)

A lo transcrito añade la Sala que a los procedimientos de "jurisdicción voluntaria" calificados o mixtos, le son aplicables en su tramitación las normas de carácter general que rigen este tipo de procesos, pues en ellos el juzgador debe obrar siempre con conocimiento de causa a diferencia de los procedimientos de "jurisdicción voluntaria" simple o mera; por tanto, el segundo párrafo del artículo 11 bajo examen sólo es aplicable a los asuntos no contenciosos, en los que se pida alguna resolución y no a las simples constataciones judiciales.

Para ilustrar esta diferencia conviene transcribir las reglas del Código tocantes a las justificaciones para perpetua memoria:

"Artículo 936. Cualquier juez Civil es competente para instruir las justificaciones y diligencias dirigidas a la comprobación de algún hecho o algún derecho propio del interesado en ellas. El procedimiento se reducirá a acordar, el mismo día en que se promuevan, lo necesario para practicarlas; concluidas, se entregarán al solicitante sin decreto alguno.

Artículo 937. Si se pidiere que tales justificaciones o diligencias se declaren bastantes para asegurar la posesión o algún derecho, mientras no

haya oposición, el juez decretará lo que juzgue conforme a la ley, antes de entregarlas al solicitante, o dentro del tercer día, si esta petición se hubiere hecho posteriormente a la primera diligencia; quedando en todo caso a salvo los derechos de terceros.

El competente para hacer la declaratoria de que habla este artículo es el juez de Primera Instancia del lugar donde se encuentren los bienes de que se trate."

En el primer supuesto, el juez se limita a realizar las diligencias solicitadas y se trata, por tanto, de "jurisdicción voluntaria" simple o mera; en el segundo postulado legal, el juez comprueba si son suficientes los recaudos presentados para demostrar la posesión o algún otro derecho y emite un decreto que es denominado en el lenguaje jurídico "título supletorio". En este caso, los actos dictados, en el curso de procedimientos denominados, en la jurisprudencia transcrita, de "jurisdicción voluntaria *calificados o mixtos*", deben dejar a salvo los derechos de terceros, y en aplicación del artículo 900 del Código de Procedimiento Civil, si se evidencia la existencia de algún tercero interesado en la solicitud, el juez ordenará su citación.

La Ley de Registro Publico y del Notariado en su artículo 74 atribuye a los notarios competencia para la realización de algunas actuaciones que de ser realizadas por los jueces constituirían "jurisdicción voluntaria":

"Los Notarios son competentes en el ámbito de su jurisdicción para dar fe pública de todos los actos, hechos y declaraciones que autoricen con tal carácter, particularmente de los siguientes:

Documentos, contratos y demás negocios jurídicos, unilaterales, bilaterales y plurilaterales.

Poderes sustituciones, renuncias y revocatorias, con excepción de las sustituciones, renuncias y revocatorias que se efectúen en los expedientes judiciales.

Justificaciones para perpetua memoria, con excepción de lo señalado en el artículo 937 del Código de Procedimiento Civil.

Protestos de los títulos de crédito, de conformidad con lo previsto en el Código de Comercio.

Otorgamiento de testamentos abiertos, de conformidad con los artículos 852 al 856 del Código Civil.

Presentación y entrega de testamentos cerrados, con expresión de las formalidades requeridas en los numerales 1°, 2° y 3° del artículo 857 del Código Civil.

Apertura de testamentos cerrados, de conformidad con lo previsto en los artículos 986 al 989 del Código Civil y 913 al 920 del Código de Procedimiento Civil. El Notario tendrá potestades para realizar los actos que se atribuyen al Registrador Subalterno en el Código Civil.

Capitulaciones matrimoniales.

Autorizaciones de administración separada de comunidad conyugal.

Autorizaciones de administración de bienes de menores e incapaces.

Otorgamiento de hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento de posesión.

Otorgamiento de cualquier caución o garantía civil o mercantil.

Constancias de cualquier hecho o acta a través de inspección extrajudicial.

Transcripciones en acta o por cualquier medio de reproducción o de grabación del contenido de archivos públicos o de documentos privados, siempre y cuando no esté expresamente prohibido en el primer caso o lo autorice el dueño o depositario del documento en el segundo caso.

Celebración de asambleas, reuniones o manifestaciones, dejando las constancias personales, gráficas y sonoras del caso.

Transacciones que ocurran en medios electrónicos.

Apertura de libros de asambleas de propietarios, actas de Juntas de Condominios, sociedades y Juntas Directivas.

Autenticar firmas autógrafas, electrónicas y huellas digitales.

Las demás que le atribuyan otras leyes."

La regla legal transcrita atribuye a los notarios competencia para la realización de actuaciones de simple constatación, y excluye expresamente la declaratoria prevista en el artículo 937 del Código de Procedimiento Civil, lo cual recalca la diferencia de la "jurisdicción voluntaria calificada" y trae a colación el problema de la naturaleza jurídica de la institución.

Para Juan Luis Gómez Colomer (MONTERO ET AL, 1991, II, 2º, 778), una de las cuestiones más complejas es determinar la naturaleza jurídica de la "jurisdicción voluntaria", por el carácter tan extremadamente opuesto de las diferentes doctrinas, ya que se ha entendido que la "jurisdicción voluntaria" es actividad no jurisdiccional, actividad administrativa, actividad genuinamente jurisdiccional y actividad negocial. los distintos posicionamientos son, en resumen, los siguientes:

"1. Teoría de la actividad no jurisdiccional: Un sector doctrinal niega el carácter jurisdiccional a la actividad de "jurisdicción voluntaria", pero sin definir positivamente su postura (Segni, Redenti, Alcalá Zamora).

2. Teoría de la actividad administrativa: Se basa esta doctrina, seguida por autores de gran prestigio (Allorio, Calamandrei, Chiovenda, Guasp, Liebman, Prieto Castro, Redenti, etc.), en varios argumentos, de entre los que destaca fundamentalmente uno: Si el juez, que es un funcionario público, no ejerce al actuar actividad jurisdiccional, es porque realiza actos de naturaleza administrativa.

3. Teoría de la actividad genuinamente jurisdiccional: Defendida por un sector importante de la doctrina italiana (Carnelutti, De Marini, Micheli y Satta), pretende hallar aquellos caracteres que son comunes a la jurisdicción contenciosa y a la "jurisdicción voluntaria", intentando construir después, en base a ellos, un concepto unitario de jurisdicción. Esos criterios serían la independencia judicial, la tutela de un interés privado, y la formación de mandatos concretos mediante la colaboración de las partes con el juez.

4. Teoría de la actividad negocial: Defendida por civilistas (en España, Castán), contempla no sólo las actividades propias del juez, sino también las actividades negociales propias de notarios y registradores que caen fuera de nuestra disciplina."

Son dos los obstáculos fundamentales para dilucidar el problema de la naturaleza jurídica de la "jurisdicción voluntaria": el diferente concepto de la jurisdicción y sus características que manejan los autores, por un lado, y por el otro, la diferente naturaleza de los procedimientos agrupados bajo la denominación común de "jurisdicción voluntaria".

Entre los autores latinoamericanos más reputados, Couture sostiene que los procedimientos de "jurisdicción voluntaria" tienen naturaleza administrativa:

"No se dictan, normalmente, de oficio, sino a petición de un interesado. Procuran la aplicación de la ley a un caso particular, accediendo a una petición legítima. Propenden a la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico; y al no pasar en autoridad de cosa juzgada, permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional.

Acaso la dificultad de la cuestión provenga de que este cometido coincide en buena parte con el de la jurisdicción. Pero la ausencia del elemento cosa juzgada, sustancial para calificar el acto jurisdiccional, impide incluir a los actos judiciales no contenciosos entre los actos de la jurisdicción." (Couture 1981, 52)

A primera vista puede parecer que esta opinión se contrapone a Carnelutti, quien sostiene el verdadero carácter jurisdiccional de estos procedimientos no contenciosos; sin embargo, la siguiente cita aconseja profundizar en la cuestión:

"En estos casos se presenta sólo uno de esos fenómenos de divergencia entre estructura y función, tan conocidos por todos los estudiosos de la doctrina del Estado, y me atrevería a decir que también más allá de sus límites, por cuantos se ocupan de ciencia en cualquiera de sus territorios. Tanto el hombre como la propia naturaleza, emplean con frecuencia los órganos y los procesos característicos de una función, para el cumplimiento, en casos especiales, de una función distinta. Por ello, a nadie se le ocurre negar que, por ejemplo, la ley de presupuestos, antes recordada, o la ley que autorice la venta de un bien comprendido en el dominio del Estado, sean leyes sólo desde el lado de la estructura, mientras que, en cambio, la función que cumplen es, administrativa; [...] ¿Por qué, pues, no se habrá de seguir el mismo camino a. propósito de la especie, indudablemente rara, del proceso sin litigio, y por qué no considerarlo como un proceso impropio y reconocer que en él los órganos investidos de la función procesal ejercen, con las formas propias del proceso, una función distinta, o sea precisamente una función administrativa?

[...] Por lo demás, los casos hasta ahora observados no son los únicos en que se atribuye al órgano procesal una función distinta de la suya habitual, y precisamente una función administrativa, mediante un fenómeno hoy en día unánimemente señalado por los teóricos de la separación de poderes, que saben que dicha separación no es ni puede ser tan estrictamente aplicada que, por lo menos de modo excepcional y casi lateral, no se confíe a los órganos normalmente investidos de un determinado poder, algunos cometidos pertenecientes a esfera distinta. En el punto precedente me he detenido a considerar especialmente algunas hipótesis en que, pese a la falta de litigio, el juez actúa con las formas del proceso contencioso; pero, en general, en tales casos son también distintas las formas, de tal manera que ha sido más fácil reconocer en ellos la falta de la función procesal.

b) Se suele hablar a este propósito de jurisdicción voluntaria (inter volentes). En antítesis con el de jurisdicción contenciosa, el nombre alude más bien a la falta de una pugna de voluntades, que a la de una pugna de intereses y, por ello, en realidad, a la falta de los elementos formales del litigio.

Del mismo modo que en las hipótesis contempladas en el punto precedente, esta intervención del juez no obstante la falta del litigio, se explica por la conveniencia de una comprobación segura de los presupuestos de efectos jurídicos determinados, de tal modo que éstos no se produzcan sin dicha intervención. Se trata de vigilar o de comprobar la actividad jurídica de los particulares en algunos casos en que la cualidad del sujeto, o la estructura o la función del acto, hagan más grave el peligro de un mal uso de aquélla. Esta vigilancia es completamente análoga a la que, por ejemplo, ejercita el Estado en materia de higiene o de orden público: el fin es idéntico, aunque la materia sea diversa. Por tanto, no media diferencia de finalidad, sino de modo, entre la inspección del Estado sobre las condiciones higiénicas en que se desenvuelve el trabajo de los niños y sobre la administración del patrimonio de los menores; ni entre la vigilancia sobre las condiciones de seguridad de las fábricas y la vigilancia sobre las transacciones entre el asegurador y el obrero víctima de un accidente; ni entre la intervención para promover el desarrollo de la industria y la intervención en la constitución y en el desenvolvimiento de las sociedades

mercantiles. Cuando el juez preside el consejo de familia, cuando autoriza la venta de la cosa de un menor o cuando homologa una transacción en materia de accidentes del trabajo o el estatuto de una sociedad anónima, actúa para la satisfacción de un interés público, que tiene por objeto la buena administración de los intereses privados. Dicho objeto es, pues, bien distinto del interés en la composición del litigio.

Actúa, por ello, junto al interesado o a su representante, y no en medio de dos contendientes. Las formas de esa intervención son diversas; pero se resumen todas en una participación del juez, de varias maneras, en el acto jurídico. (Carnelutti, 1944, 278-279)

En resumen, Carnelutti sostiene que los procedimientos no contenciosos son jurisdicción, pero se realizan en ejercicio de una función administrativa, lo cual obliga a entender que el concepto de jurisdicción que manejaba el ilustre autor difiere del generalmente aceptado en el estado actual de la ciencia procesal.

En efecto, el Gran Maestro diferenciaba la función jurisdiccional de la función procesal, dentro de un concepto romanista de la jurisdicción, y por tanto, en su sistema, es proceso, y no jurisdicción, la ejecución forzosa y en general los procesos ejecutivos, pues en estos procesos el juez no "dice" el derecho, sino que actúa para que se cumpla forzosamente el derecho establecido por la sentencia de conocimiento o por las partes al elaborar el título ejecutivo:

"b) Esta distinción concuerda con el significado de las palabras: tan cierto como que el juez ius dicit cuando declara que existe o no la deuda reclamada por Ticio contra Cayo, lo es que dicha frase no se presta ni siquiera en sentido figurado para representar la actividad del oficial judicial que quita sus bienes al deudor renitente. No me preocupa que en el transcurso de la historia e incluso en la ley actual la palabra "jurisdicción" se use, fuera de los límites de su significado natural, para indicar cualquier función procesal. Dicho uso se debe a la preponderancia que ha tenido el proceso jurisdiccional en la lenta elaboración del pensamiento acerca de los fenómenos procesales. El proceso ejecutivo y, en general, los otros tipos de proceso han permanecido hasta ayer mismo en la sombra, y de ese modo la noción de jurisdicción ha absorbido

íntegra la noción del proceso. Pero si la historia impone a la ciencia sus hechos, no debe imponerle ni las ideas ni las palabras. Sólo así puede progresar la ciencia. La sinonimia entre función procesal y función jurisdiccional implica una imperfección del lenguaje y del pensamiento, que la ciencia del proceso debe corregir, si la primera exigencia de su progreso es la pureza de los conceptos y la propiedad de los vocablos.

c) La realidad es que entre jurisdicción y proceso no sólo no se encuentra una relación de coincidencia, sino ni siquiera de continencia y sí sólo de interferencia. Si, por un lado, existe, en efecto, un proceso no jurisdiccional, por otro hay que admitir una jurisdicción no procesal. A la luz del buen sentido aparece indudable que ius dicunt no sólo el juez cuando mediante la sentencia decide una cuestión para componer un litigio, sino también y más bien el legislador cuando forma una ley e incluso, por otra parte, los contratantes cuando, a tenor del art. 1123 Cód. civ., hacen del contrato ley entre ellos; en suma, esa potestad corresponde, no sólo al juez, sino a toda persona cuya declaración posea el carácter de fuente del Derecho. Históricamente, la jurisdictio fue precisamente la manifestación del imperium (es decir, del poder de mandato atribuido al magistrado superior romano) que consistía en fijar reglas jurídicas y que se distinguía, tanto del poder militar, como (157) de la coertio; sólo debido a que esa fijación de reglas tenía lugar mediante el proceso, el mismo nombre sirvió a la vez para designar el fin y el medio, y por consiguiente, no tanto la función jurídica, como la función procesal. Se explica así que se haya acabado por llamar jurisdicción a esta última, incluso cuando es ejecución."

Se trata de un concepto muy diferente a la definición de COUTURE (1981, 40) citada al comentar el artículo 1º de este Código: "función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".

Bajo esta concepción, que con algunas variantes, es extensamente aceptada, no se pueden calificar de jurisdiccionales los actos dictados

en dichos procedimientos no contenciosos, porque no se dirime una controversia entre partes con fuerza de cosa juzgada, no obstante que siguiendo la tradición se denominen de "jurisdicción voluntaria".

De acuerdo con la tendencia de la doctrina expuesta, se debe provisionalmente concluir que los procedimientos de "jurisdicción voluntaria" son, en principio, actuaciones judiciales realizadas en ejercicio de una función administrativa. Sin embargo, no se puede ignorar, por su gran influencia en la doctrina venezolana, la opinión de Rengel-romberg (1991, I, 75):

"Según la concepción que se acoge en el nuevo código (Art. 895), "el juez actuando en sede de jurisdicción voluntaria, interviene en la formación y desarrollo de situaciones jurídicas de conformidad con las disposiciones de la ley y del presente código", definición ésta que destaca dos de los rasgos más característicos de la jurisdicción voluntaria: su finalidad constitutiva y la naturaleza propiamente jurídica, de la actividad que realiza el juez. Pues si bien en ella no existe un conflicto de intereses, o litigio, en el sentido de pretensiones contrapuestas entre partes interesadas, en cambio, el juez está llamado a examinar una situación de hecho concreta y a tomar ciertas resoluciones en interés de la persona respecto de la cual va a surtir efectos la providencia del juez, pero siempre en conformidad con las disposiciones de la ley y del código."

A continuación, expresa:

"Un examen de los elementos que intervienen en la jurisdicción contenciosa y en la voluntaria, nos revela que entre ellas existen elementos comunes que son suficientes, a nuestro parecer, para caracterizar ambas actividades del juez como dos formas distintas del mismo fenómeno jurisdiccional y ensayar una definición de la jurisdicción voluntaria capaz de superar las incertidumbres de las diversas teorías examinadas.

Ambas funciones coinciden:

1) En que se inician a petición de interesados.

2) En que son realizadas por el juez y, por tanto, orgánicamente son jurisdiccionales.

3) La competencia del órgano está atribuida legalmente.

4) Requieren un procedimiento legal para su realización.

5) Hay en ellas un juicio del juez acerca de una situación de hecho.

6) Se toma una resolución de tipo jurídico.

7) La resolución del juez está referida a un interés privado.

8) El juez resuelve imparcialmente, como extraño que es a la cuestión y desinteresado en ella.

9) La resolución produce efectos en la esfera jurídica y patrimonial del interesado.

En cambio, difieren ambas actividades:

1) La jurisdicción contenciosa resuelve o compone un litigio. En la voluntaria no hay litigio, sino un negocio (affaire).

2) En la jurisdicción contenciosa por existir litigio hay partes contrapuestas que funcionan como legítimos contradictores. En la voluntaria, por no haber litigio, no hay partes, sino interesados o participantes.

3) En la jurisdicción contenciosa la resolución del juez produce efectos de cosa juzgada, material y formal. En la voluntaria, la resolución tiene entre las partes el efecto de una presunción juris tantum de la situación jurídica declarada o constituida (Art. 898) y también es formalmente inmutable por constituir un estado preclusivo, que mantiene la autoridad de la resolución en tanto no cambien los supuestos que le dieron origen." (Idem, I, 76-77)

Se evidencia de la posición de este autor un criterio diferente acerca de las características de la actividad jurisdiccional, la cual en este planteamiento no parece requerir la existencia de partes en conflicto –litigio–, ni el natural efecto de cosa juzgada de las decisiones definitivas, no obstante que en otra parte de su obra define la función jurisdiccional como destinada a la creación de una "*norma jurídica individual y concreta necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses*". (Idem, I, 61)

Se puede deducir que las notas fundamentales para distinguir los denominados procedimientos de "jurisdicción voluntaria", al margen de la discusión teórica sobre su naturaleza, son:

1) En estos procedimientos no existen partes contrapuestas, sino un solicitante de una providencia o constancia.

2) Las actuaciones del juez no están dirigidas a dirimir un conflicto de intereses entre particulares, sino a intervenir en la formación y desarrollo de situaciones jurídicas en interés del solicitante.

3) Las resoluciones que eventualmente se dicten carecen de fuerza de cosa juzgada.

Esta última característica necesita reflexiones adicionales. Excepcionalmente existen procedimientos contenciosos que no conducen a una definitiva solución del litigio, por consiguiente, la cosa juzgada es de la naturaleza, pero no de la esencia de la actividad jurisdiccional; pero en muchos de ellos, tal peculiaridad es sólo aparente, pues la decisión será revisable cuando cambie la situación de hecho, como sucede en los juicios de alimentos, o con un título diferente, como ocurre con el juicio de reivindicación que puede modificar lo antes decidido en un interdicto. Ahora bien, resulta indudable que ningún procedimiento de "jurisdicción voluntaria" produce cosa juzgada.

Sin embargo, en ocasiones nuestra doctrina ha considerado que el procedimiento de separación de cuerpos por mutuo consentimiento y la posterior conversión en divorcio es de "jurisdicción voluntaria", en tal sentido cabe citar sentencia de la Sala de Casación Civil de la antigua Corte Suprema de Justicia, de fecha 18-2-92 (Nº 37):

"Dice el artículo 1713 del Código Civil que 'la transacción es un contrato por el cual las partes, mediante recíprocas concesiones, terminan un litigio pendiente o precaven un litigio eventual'.

En este sentido, es conveniente puntualizar que la separación de cuerpos por mutuo consentimiento, como la acaecida en el presente asunto, no es un juicio contencioso sino un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Este procedimiento no sigue la estructura del juicio ordinario, ni las del

especial de divorcio o de separación de cuerpos fundada en algunas de las causales del artículo 185 del Código Civil, sino que para el proceso de conversión en divorcio la Ley ha creado un juicio sumario diferente. La sentencia que decrete la conversión en divorcio es una verdadera decisión con todos los caracteres de un fallo definitivo."

La actual Sala de Casación Social, sin pronunciarse sobre la calificación de dicho procedimiento como de "jurisdicción voluntaria", en sentencia de 6 de abril de 2000 citó jurisprudencia de la Sala de Casación Civil y doctrina:

"La mencionada Sala en sentencia de fecha 18 de Octubre de 1983 consideró:

"... que cuando se ocurre al Tribunal que homologó la separación de cuerpos y de bienes, convenida entre las partes, para que sea declarado el divorcio, la situación no cambia. Se continúa dentro del procedimiento de jurisdicción voluntaria iniciado por ambas partes, y la declaración de divorcio es sólo la etapa lógica y final de la secuencia habida en el procedimiento de jurisdicción voluntaria, iniciado por ambas partes. Sí podría transformarse en asunto contencioso, si se atacara la solicitud de la conversión en divorcio, por no haber transcurrido el tiempo previsto en la Ley o no haber habido reconciliación entre los cónyuges. En este caso el juicio deja de ser de jurisdicción voluntaria para convertirse en contencioso".

[...]

En el mismo sentido, expresa López Herrera en Anotaciones sobre Derecho de Familia:

"Se trata de un procedimiento de divorcio que, en esencia, es de jurisdicción judicial graciosa o voluntaria; empero, puede dar lugar a juicio contencioso en casos excepcionales.

(...)

En la oportunidad señalada por el tribunal para oír al cónyuge no solicitante de la conversión, éste puede convenir en ella u oponerse a la misma. Tal oposición, si la hubiere, sólo puede fundamentarse en dos circuns-

tancias: 1) no haber transcurridos dos años desde la fecha de la sentencia definitiva o del decreto de separación de cuerpos; y 2) haber ocurrido la reconciliación de los esposos[...]". (SCS 6-4-00, , sentencia Nº 81)

Ahora bien, de aceptarse como criterio que en los procesos de "jurisdicción voluntaria" no hay partes, ni las decisiones que se dicten alcanzan fuerza de cosa juzgada, no se puede incluir este procedimiento en tal categoría, pues desde que los cónyuges presentan la solicitud de separación de cuerpos existen dos partes inmersas en un conflicto de naturaleza familiar que los conduce a solicitar la separación, y la decisión de conversión en divorcio que eventualmente se dicte a solicitud de cualquiera de ellos, con notificación del otro cónyuge, aun a falta de contradicción alcanza fuerza de cosa juzgada.

Esta consideración conduce a aceptar que existen procedimientos sin contención, e incluso sin litigio, que no son de "jurisdicción voluntaria". De acuerdo con Carnelutti (1944, I, 276), en primer lugar, hay que distinguir entre la verdadera y genuina falta de litigio y la falta de la especie de litigio que consiste en la discusión de la pretensión. Existen casos en que el proceso civil actúan sin discusión: por ejemplo, el deudor demandado para el pago de su deuda, no se opone a la demanda del acreedor, e incluso se adhiere a ella plenamente: se trataría de un proceso sin discusión que no debe confundirse con el proceso sin litigio. Falta en estos casos el litigio de pretensión discutida, pero no el litigio de pretensión insatisfecha, puesto que el deudor o el imputado llegan al extremo de reconocer que han violado el interés que debían respetar.

"Hemos de hablar, en cambio, de verdadero y auténtico proceso sin litigio cuando falta, no la discusión, sino el litigio, y cuando, por tanto, el juez no dispone, o en general el oficial del proceso no provee, frente a dos partes, cuyos intereses se hallen en pugna para obtener la composición de los mismos, sino, por el contrario, frente a un interés solo, cuya tutela reclama o aconseja su intervención. Es fácil mostrar en nuestro ordenamiento jurídico formas procesales de esa clase, incluso fuera del llamado proceso voluntario, del que hablaré en el punto siguiente, o sea permaneciendo dentro del campo del que suele denominarse proceso contencioso.

En mi opinión, las más interesantes de estas formas se refieren a la interdicción y a la inhabilitación, que son típicamente procesos sin litigio: entre el actor en un pleito de interdicción o de inhabilitación y el denunciado como incapaz ("interdicendo" o "inabilitando") no media litigio, porque el primero obra en interés y no contra el interés del segundo. El contradictorio puede obedecer a una distinta apreciación de un mismo interés, pero no al de los dos intereses en pugna. No existe ahí litigio; pero como está en juego la modificación de la condición jurídica preexistente, y dicha modificación es bastante grave, se considera necesario, no sólo la comprobación de sus presupuestos por parte de un órgano que asegure su rigurosa observancia, sino que dicha comprobación se haga mediante las formas del proceso de conocimiento, entre las que figura como fundamental la del contradictorio. Estas observaciones explican las persistentes incertidumbres acerca de la naturaleza de los procesos de interdicción e inhabilitación, cuyo aspecto cambia, en realidad, según que se les considere por el lado de la función o por el de la estructura." (Idem, 276-277)

El procedimiento de conversión en divorcio de la separación de cuerpos por mutuo consentimiento pone fin a un "*conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro*" (CARNELUTTI 1944, I, 44), en el cual hubo mutuas pretensiones y resistencias. Si se recuerda que el litigio precede al proceso, se tiene que la separación y el divorcio tienden a solucionar –*componer*– este litigio mediante la cesación de la vida en común y el posterior divorcio. Mucho más claro es el carácter de cosa juzgada del divorcio, no existente en los procedimientos de jurisdicción voluntaria.

Sin embargo, no se trata de un verdadero juicio por la ausencia de contención ante la autoridad judicial; pero, de presentarse oposición a la conversión en divorcio, se transforma en un pleno procedimiento contencioso, en el cual habrá que garantizar a las partes el derecho al contradictorio y a todos los recursos pertinentes, incluso el de casación.

Asimismo hay que considerar la existencia de fases no contenciosas en procedimientos contradictorios. Así, el procedimiento de deslinde de propiedades contiguas se inicia ante el juez de Municipio, quien con

vista en las exposiciones de las partes y en los títulos presentados, fija un lindero el cual, a falta de oposición queda firme y puede ser registrada la fijación; pero si el lindero no es aceptado, se pasan los autos al juez de Primera Instancia en lo Civil ante quien continuará la causa por el procedimiento ordinario.

Existen, por consiguiente, procedimientos contenciosos sin contradictorio, o con contradictorio eventual; procedimientos de "jurisdicción voluntaria calificada", en los cuales el juez dicta una decisión con conocimiento de causa, que pueden caracterizarse como procedimientos judiciales que cumplen con una función administrativa en los cuales es necesaria la intervención judicial para garantizar la defensa de intereses sociales y brindar seguridad jurídica; y procedimientos de "jurisdicción voluntaria simple", que constituyen actos administrativos, generalmente de certificación, que pueden realizar los jueces, no obstante la competencia otorgada a los notarios por la Ley de Registro Público y del Notariado.

Jurisprudencia

SCC 31-05-05, dec. Nº 286:

"(…)Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, en materia civil el Juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, reitera esta norma la necesidad de impulso de parte en los recursos, para la resolución de la controversia, inicial o incidental, por el tribunal de la causa, el de alzada o por la Sala de Casación Civil. Es por esto que al no existir actuación alguna de parte que impulse la continuación de la causa se extingue el impulso dado, poniéndose así fin al proceso, o al conocimiento del recurso por la casación (…)."

SCon 20-09-02, dec. Nº 2229:

"Así, el criterio que fue vertido por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en la sentencia que está sometida a revisión, obvió una interpretación que realizó esta Sala en el marco del principio pro actionae, el cual impone la exigencia de la interpretación de los requisitos de admisibilidad de las demandas en el sentido que más favorezca el derecho de acceso a la jurisdicción."

SCon 18-07-02, dec. Nº 1686:

"[…] a la fecha han pasado más de tres (3) años sin que se hubiere dictado sentencia en el referido expediente, a lo cual se añade que las partes manifestaron en la audiencia que ignoran la ubicación y destino del expediente de la causa posesoria. Esta tardanza y dicha ignorancia constituyen una evidente violación al derecho de

toda persona a la obtención de una tutela judicial efectiva y, con ello, a la obtención de una justicia oportuna, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (ex artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela).”

SCon 03-07-02, dec. Nº 1503:

“[…] resultaría violatorio del derecho de acceso a la justicia y a una tutela judicial efectiva inadmitir la demanda de amparo con fundamento en una causal que no se encuentra consagrada en el texto legal. En estos casos deberá hacerse uso de la disposición consagrada en el artículo 17 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales que otorga al sentenciador amplias facultades para ordenar a la parte actora la consignación del fallo impugnado o para recabarla del propio tribunal al que se le atribuyen las infracciones constitucionales.”

SCon 20-06-02, dec. Nº 1331:

“El artículo 26 de la Constitución expresa que toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, y a la tutela efectiva de los mismos.

El acceso a la justicia se le garantiza así directamente a toda persona natural o jurídica, mediante el ejercicio de su derecho de acción a través de la demanda, la cual, para ser admitida, debe cumplir determinados requisitos, pero la acción, como llave para mover la jurisdicción, la tienen todas las personas capaces que solicitan justicia, sin necesidad de utilizar intermediarios para ello, a menos que se garanticen una serie de derechos que obliguen al intermediario a actuar.

El artículo 11 del Código Orgánico Procesal Penal, con exclusividad, otorgó la acción penal al Estado para que la ejerza a través del Ministerio Público, quien está obligado a ello, salvo las excepciones legales.

Tal exclusividad de ejercicio por parte del Ministerio Público en los delitos de acción pública, no puede desplazar el verdadero interés de la víctima para perseguir penalmente al victimario, lo que logra mediante una serie de mecanismos que le permiten instar y controlar el ejercicio de la acción por parte de su titular; y ello ha sido reconocido por esta Sala, en sentencia de 3 de agosto de 2001 (Caso: José Felipe Padilla). Caso que así no fuere, se estaría infringiendo el artículo 26 Constitucional.

[…]

A juicio de esta Sala, una víctima pasiva no es concebible y si ella puede querellarse y actuar en el proceso penal, con mayor razón podrá solicitar antejuicio de mérito, lo que, además, no se lo prohíbe la Constitución vigente y no puede estar en peor condición con respecto a ese antejuicio, que con relación al proceso ordinario.”

SCon 02-04-02, dec. Nº 686:

“El derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, previsto en el artículo 26 de la Constitución, se ejerce mediante la acción cuyo ejercicio se concreta en la proposición de la demanda y la realización de los actos necesarios para el debido impulso del proceso. El requisito del interés procesal como elemento de la acción deviene de la esfera del derecho individual que ostenta el solicitante, que le permite la elevación de la

infracción constitucional o legal ante los órganos de administración de justicia. No es una abstracción para el particular que lo invoca mientras que puede ser una abstracción para el resto de la colectividad. Tal presupuesto procesal se entiende como requisito de un acto procesal cuya ausencia imposibilita el examen de la pretensión.[…]

El interés procesal ha de manifestarse en la demanda o solicitud y mantenerse a lo largo del proceso, ya que la pérdida del interés procesal se traduce en el decaimiento y extinción de la acción. Como un requisito que es de la acción, ante la constatación de esa falta de interés, ella puede ser declarada de oficio, ya que no hay razón para que se movilice el órgano jurisdiccional, si la acción no existe. (vid. s. S.C: n° 256 de 01-06-01, caso Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de Valero).

SCon 07-03-02, dec. Nº 139:

"Por otra parte, de la trascendencia constitucional de la incongruencia de la sentencia que viola la prohibición de reforma peyorativa o reformatio in peius, se ha ocupado en reiteradas oportunidades el Tribunal Constitucional Español, entre ellas, la sentencia de fecha 13 de enero de 1998, en la que se estableció lo siguiente:

*"...Por lo que respecta a la reformatio in peius, o reforma peyorativa, **en cuanto constituye una modalidad de incongruencia procesal**, la misma tiene lugar cuando el recurrente, en virtud de su propio recurso, ve empeorada o agravada la situación creada o declarada en la resolución impugnada, […].*

SCon 07-03-02, dec. Nº 389:

"A la par del derecho del justiciable a obtener un pronunciamiento de fondo, el propio ordenamiento jurídico ha establecido una serie de formalidades que pueden concluir con la terminación anormal del proceso, ya que el Juez puede constatar que la irregularidad formal se erige como un obstáculo para la prosecución del proceso.

Así, el Juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial efectiva, ya que esas formalidades han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento.

Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el Juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida, c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión."

SCS 14-02-02, dec. Nº ap 1:

"En cuanto al escrito presentado por el recurrente, en fecha veintinueve (29) de enero del año 2002, luego de vencido el lapso de formalización, en el cual se solicita que la Sala case de oficio el fallo recurrido, se advierte que el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, para "casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público y constitucionales que ella encontrare, aunque no se las haya denunciado", está sujeto a que éste haya sido válidamente interpuesto y formalizado.-

Se trata de una situación análoga a la prevista en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo con el cual el Juez no puede iniciar el proceso sino previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal aunque no la soliciten las partes. No puede la casación conocer sin que exista una válida interposición, perfeccionada con la formalización, pero una vez cumplido el necesario impulso de parte, puede casar de oficio el fallo que afecte el orden público, aun por motivos no denunciados."

SCon 08-02-02, dec. Nº 197:

"En ese sentido, esta Sala hace notar, que sería contrario al derecho de acceso a la justicia, que la Corte de Apelaciones hubiese inadmitido el recurso, sólo porque el recurrente en apelación erró en el señalamiento de las disposiciones normativas para fundamentar la apelación.

En ese sentido, esta Sala señaló en la sentencia del 17 de enero de 2001 (caso: Néstor Guillermo Angola Strauss), lo siguiente:

"...No concuerda la Sala con la apreciación de la Corte de Apelaciones según la cual, la exigencia de apelar a través de un escrito debidamente fundado, 'alude a la necesidad de indicar la fuente normativa que concede el medio recursivo y los casos legalmente establecidos para ejercer dicho derecho', aserto que queda contradicho por el principio general según el cual el Juez conoce el Derecho y, por tanto, la omisión de señalamiento de dicha fuente normativa o un error en el mismo, deberían ser enmendados por el Juez, que conoce el Derecho, en lugar de convertirse en formalismos que obstaculicen el cabal ejercicio del derecho de acceso a la justicia.".

SCC 24-01-02, dec. Nº 30:

"La norma transcrita asigna el derecho a solicitar la ejecución de una sentencia u otro acto con fuerza de cosa juzgada a la parte interesada. Tal regulación refleja el uniforme criterio doctrinario, acogido por nuestro sistema procesal civil, conforme al cual, el derecho a solicitar la ejecución de un acto con fuerza de cosa juzgada es extensión del derecho a accionar y, en este sentido, está sujeto al mismo principio de legitimación que gobierna la proposición de la acción."

SCC 04-12-01, dec. Nº 405:

"Ha sido criterio pacífico y reiterado de la Sala Civil que la congruencia, como requisito de la sentencia que se contiene en el ordinal 5º ex artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, consiste en la correspondencia formal que debe existir entre la sentencia dictada y las contrarias pretensiones de las partes (resolver sólo sobre lo alegado y sobre todo lo alegado, a fin de dar cumplimiento a otro principio como el de la exhaustividad, según el cual el Juez debe decidir de modo total); y tiene como finalidad asegurar se cumpla el principio dispositivo –nemo iudex sine actore– contenido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil; por lo cual la incongruencia de la sentencia, es la desacertada relación entre los términos de la misma, pudiendo ser positiva o negativa. La incongruencia positiva tiene lugar cuando el Juez en su decisión va más allá de los límites del problema judicial que le ha sido sometido

(cuando resuelve lo no pedido); mientras que la segunda se configura cuando el Juez no resuelve sobre todo lo alegado, es decir, cuando omite el debido pronunciamiento sobre alguno de los términos del thema judicial."

SCC 03-12-01, dec. Nº 390:

"Ahora bien, existen motivos de orden superior que suponen una excepción al principio de congruencia del fallo, como ocurre por ejemplo cuando el Juez, habilitado por el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, dicta oficiosamente en el curso de un proceso, alguna providencia para salvaguardar el orden público.

Sobre ese aspecto, la Sala, en armonía con la mejor doctrina, tradicionalmente ha sostenido el criterio de que la nulidad absoluta de los contratos puede ser declarada de oficio por el Juez, aunque ninguna de las partes la hubiese alegado. […].

En criterio de la Sala, los jueces pueden, en resguardo del orden público, declarar de oficio la nulidad absoluta que adviertan en algún contrato, siempre que la nulidad aparezca de forma manifiesta, sin necesidad de suplir prueba alguna, y que todas las partes que figuraron en el contrato nulo sean parte en el juicio, a fin de que éstas puedan ejercer su derecho a la defensa discutiendo, a través de los recursos respectivos, sobre la nulidad declarada por el Juez. Si se cumplen todos estos extremos, el derecho de defensa de las partes estaría protegido, y la declaratoria de nulidad no les dejaría inermes."

SCon 31-5-01, dec. 899:

"En tal sentido, dejó establecido la Sala Constitucional en sentencia n° 77 del 9 de marzo de 2000, lo siguiente:

"Sin embargo, no escapa a esta Sala, como ya le ocurrió a la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia y que plasmó en fallo del 24 de abril de 1998 al cual luego se hace referencia, que el conocimiento de unos hechos que no fueron alegados como supuestos de hecho de las normas constitucionales denunciadas como infringidas, pueden y deben producir otras situaciones a ser tomadas en cuenta por los sentenciadores, ya que a pesar de ser ajenas a la pretensión de amparo, siempre que sean cuestiones de orden público, sobre las cuales el juez puede de oficio resolver y tomar decisiones, si constata que las mismas no lesionan derecho de las partes o de terceros. Cuando los afectados por las decisiones han sido partes en el juicio donde se constatan los hechos contrarios al orden público, y ellos son generadores de esos hechos, el derecho a la defensa y al debido proceso no se les está cercenando si de oficio el juez cumpliera con la función tuitiva del orden público, ya que es la actitud procesal de las partes la que con su proceder denota la lesión al orden público, entendido éste como el '...Conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos...' (Diccionario Jurídico Venezolano D. F, pág. 57). La ineficacia de esas condiciones fundamentales generaría el caos social."

SCon 23-10-01, dec. Nº 2003:

"En el proceso civil u ordinario rige fundamentalmente el principio dispositivo, que impide la iniciación y continuación del proceso sin instancia de parte y con mayor

*razón contra la voluntad de la parte a quien corresponde su continuación o mantenimiento (**nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio**). Por el contrario, en materia de amparo, si bien la iniciación corresponde a la parte presuntamente agraviada, el Juez que conoce de esta tutela constitucional, dispone de amplios poderes para procurar la continuación del proceso de amparo, incluso ante la renuncia unilateral del accionante.[…]*

SCon 20-09-01, dec. Nº 1745:

" No comprenden el derecho a la tutela judicial efectiva ni el derecho al debido proceso, el de que la decisión resultante de un proceso sea aquella querida o que beneficie al titular de dichos derechos, sino que dicha decisión sea obtenida dentro del proceso legalmente establecido, desarrollado sin infracción de los particulares derechos a que se refiere el artículo 49 de la Constitución y con las características de celeridad, ausencia de formalidades no esenciales y otras contempladas en los artículos 26 y 257 eiusdem."

SCS 26-07-01, dec. Nº 042:

"No puede dejar de mencionarse, que en el sistema venezolano rige el principio dispositivo, que se manifiesta en el proceso civil, de variada forma y en distintos artículos, entre otros, en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, se establece que el Juez no puede iniciar el proceso, y en el caso concreto, relativo a la responsabilidad civil de los funcionarios, sino previa demanda de parte, quien hace valer su pretensión, entendida ésta como la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica, con la aspiración que ésta se haga efectiva."

SCon 29-06-01, dec. Nº 1167:

"La acción es el derecho de las personas a exigir de los órganos jurisdiccionales, mediante el proceso, la resolución de una controversia o de una petición, independientemente de que obtengan o no sentencia favorable. La acción pone en movimiento a la jurisdicción y una de las formas de su extinción es la sentencia que finaliza definitivamente el proceso. Con el ejercicio del derecho de acción se crea en el Estado, por intermedio del órgano jurisdiccional competente, la obligación de prestar la función jurisdiccional.

La ley muchas veces exige que ese derecho sea ejercido en un determinado lapso, y si no se incoa en dicho tiempo, la acción deviene en inadmisible y la tutela jurídica del Estado, invocada por el accionante, no tiene lugar, si ella se ejerce después de vencido el plazo.

A ese término fatal se le llama caducidad, y es un plazo en el cual se debe realizar la actividad que la ley previno para el lapso, cual es –en el caso de la acción– interponerla formalmente con la pretensión que mediante ella se hace valer. Si ello no ocurre, la acción caduca y se extingue, al igual que la pretensión que por medio de ella se proponía deducir.

El legislador ha creado la caducidad por razones de seguridad jurídica. Para evitar la incertidumbre, establece un límite temporal para hacer valer derechos y acciones, y la falta de ejercicio dentro del plazo prefijado los extingue. En este sentido, la caducidad

disminuye en cierta forma el derecho de acceso a la justicia, ya que a pesar que cualquier persona puede accionar, sin embargo en determinados casos el conocimiento del fondo de las controversias queda eliminado al constatarse que no se incoó la acción dentro del término para ello, y a pesar que esto no limita el derecho de acceso a la justicia, sin embargo lo restringe.

Dada la relación de la caducidad con dicho derecho constitucional de acceso, consagrado en el artículo 26 de la vigente Constitución, la caducidad no puede ser creada contractualmente, ni por voluntad unilateral de los particulares o del Estado, sino solo por mandato legal. De allí, que el artículo 346 numeral 10 del Código de Procedimiento Civil, coloque entre las cuestiones previas "La caducidad de la acción establecida en la Ley" (Subrayado de la Sala). […]

La extinción, por cualquier razón, del proceso en primera instancia, no perjudica ni a la acción, ni a la pretensión, ni a la excepción del demandado. El demandante puede volver a accionar la misma pretensión, y si lo hace y la causa vuelve a comenzar, las pruebas que resulten de los actos y las decisiones dictadas en el primer proceso extinto surtirán pleno efecto (artículo 270 eiusdem). Lo que pierde vigencia en el proceso extinto son los actos procesales con que se desenvolvió la causa y los fallos que con dichos actos están directamente concatenados (que no producen efectos de ningún tipo sobre la pretensión o la contrapretensión, como lo serían los de citación, por ejemplo)." […]

Pero en relación con las acciones sujetas a caducidad, la extinción del procedimiento por cualquier causa imputable al accionante tiene que incidir sobre la acción, ya que con su interposición no se produjo el efecto deseado de que se juzgare la pretensión a fin de que cesara la incertidumbre, y por tanto los órganos jurisdiccionales no se están utilizando con el fin por el cual existe la caducidad, cual es que en beneficio del colectivo, de la seguridad jurídica, se discutieren determinadas clases de pretensiones dentro de específicos lapsos."

SCon 01-06-01, dec. Nº 956:

"Cuando se rechaza ***in limine litis*** *la acción, no hay negativa al derecho de acceso a la justicia, ya que se está emitiendo un fallo, en pleno ejercicio de la función jurisdiccional.*

A juicio de esta Sala es un requisito de la acción, que quien la ejerce tenga interés procesal, entendido éste como la necesidad del accionante de acudir a la vía judicial para que se declare un derecho o se le reconozca una situación de hecho a su favor.

Si teóricamente es irrelevante ir a la vía judicial para obtener la declaratoria del derecho o el reconocimiento o constitución de la situación jurídica, o para preservar un daño, la acción no existe, o de existir, se extingue, si cesa la necesidad de incoar la actividad jurisdiccional. […]

La otra oportunidad (tentativa) en la que puede decaer la acción por falta de interés, es cuando la causa se paraliza en estado de sentencia. Tal parálisis conforme a los principios generales de la institución, no produce la perención, pero si ella rebasa los términos de prescripción del derecho objeto de la pretensión, sin que el actor pida o busque que se sentencie, lo que clara y objetivamente surge es una pérdida del interés en la sentencia, en que se componga el proceso, en que se declare el derecho deducido.

Es indiscutible que ese actor no quiere que lo sentencien, por ello ni incoa un amparo a ese fin, ni una acción disciplinaria por denegación de justicia, ni pide en la causa que le fallen. No es que el Tribunal va a suplir a una parte la excepción de prescripción no opuesta y precluida (artículo 1956 del Código Civil), la cual sólo opera por instancia de parte y que ataca el derecho del demandante, sino que como parámetro para conocer el interés procesal en la causa paralizada en estado de sentencia, toma en cuenta el término normal de prescripción del derecho cuyo reconocimiento se demanda."

SCS 17-05-01, dec. Nº 092:

"Por otra parte, en lo relativo a la infracción del artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, que según el alegato del recurrente, ordena a los jueces a actuar "previa demanda de parte" en situaciones como la presente, en las cuales tratándose de las costas del proceso no está interesado el orden público, ya ha quedado suficientemente aclarado por esta Sala que la condenatoria en costas es una imposición legal dirigida al Juez que no requiere petición de parte y, no está facultado para eximir a la parte perdedora de la respectiva condena económica."

SCon 10-05-01, dec. Nº 708:

"El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 ***eiusdem****), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura. […]*

En este orden de ideas, considera esta Sala, que la decisión de un tribunal de última instancia mediante la cual se declare inadmisible una acción, basada en un criterio erróneo del juzgador, concretaría una infracción, en la situación jurídica de quien interpone la acción, del derecho a la tutela judicial efectiva, lo cual si bien no ha sido alegado por los accionantes, puede ser analizado de oficio por el Juez constitucional, tal como ya lo ha dicho esta Sala en numerosos fallos."

SCC 27-04-01, dec. Nº 92:

"En aplicación de las precedentes consideraciones, la Sala observa que en el caso concreto el formalizante sostiene que con fundamento en el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, el Juez puede encauzar la demanda por la vía del procedimiento

ordinario y no negar la admisión de la misma, ya que se iría en detrimento del derecho al cobro de la obligación asumida. Al respecto, la Sala no puede dejar de señalar que, la admisión de la demanda tramitada por el procedimiento de intimación, contempla la exigencia previa de una serie de requisitos establecidos en el mencionado artículo 640 del Código de Procedimiento Civil, los cuales se justifican plenamente, debido a que el decreto de intimación posterior, contendrá una orden efectiva de pago o entrega de la cosa, que en caso de no mediar oposición, adquirirá el carácter de un título ejecutivo derivado de una sentencia definitiva. Por lo que no le corresponde al Juez, por razones de orden público subvertir el proceso intimatorio a fase ordinaria, desde luego que de hacerlo, en contra de la elección del actor significaría tanto como quebrantar el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, que le impide proceder de oficio."

SCon 27-04-01, dec. Nº 576:

"Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades."

SCon 06-02-01, dec. Nº 102:

"La doctrina más calificada, define en los siguientes términos el significado de la legitimación a la causa:

"Al estudiar este tema se trata de saber cuándo el demandante tiene derecho a que se resuelva sobre las determinadas pretensiones contenidas en la demanda y cuándo el demandado es la persona frente a la cual debe pronunciarse esa decisión, y si demandante y demandado son las únicas personas que deben estar presentes en el juicio para que la discusión sobre la existencia del derecho material o relación jurídica material pueda ser resuelta, o si, por el contrario, existen otras que no figuran como demandantes ni demandados."(Ver Hernando Devis Echandía. Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo I. Editorial Temis. Bogotá. 1961. Pág 489).

La legitimación a la causa alude a quiénes tienen derecho, por determinación de la ley, para que en condición de demandantes, se resuelva sobre sus pretensiones, y si el demandado es la persona frente a la cual debe sentenciarse." […]

En el Procedimiento Ordinario Civil tal examen previo no puede resolverse in limine, porque no atañe a ***la validez de la acción, ni siquiera a la del proceso****; sólo puede realizarlo el Juez al momento de entrar el juicio en el conocimiento del fondo, por ser el examen de los presupuestos de la pretensión." Sin embargo, estima esta Sala, en cuanto a lo que atañe a la naturaleza jurídica del juicio de amparo, y a su teleología, que la falta de legitimación debe ser considerada como una causal de inadmisibilidad que afecta el ejercicio de la acción, pudiendo ser declarada de oficio in limine litis por*

el sentenciador, con la finalidad de evitar el dispendio de actividad jurisdiccional, lo cual se encuentra en consonancia con el fin último de la institución del amparo constitucional y con los preceptos generales que orientan su concepción, como son la celeridad, la economía procesal y la urgencia, a fin de evitar dilaciones inútiles"

SCC 15-11-00, dec. Nº 362:

"Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 896 del Código de Procedimiento Civil concede apelación a las determinaciones dictadas en la jurisdicción voluntaria, lo cual supondría que también es admisible en dicho procedimiento el recurso de casación; sin embargo, no son compatibles las características del procedimiento precedentemente comentado, con la mención, 'juicios civiles y mercantiles' o 'juicios especiales', a los cuales alude el artículo 312 eiusdem, como requisito de admisibilidad del recurso de casación.

Según Couture, en la jurisdicción voluntaria se trata de un medio procesal que 'abre instancia', con características particulares, de sustanciación sumarísimo y rápida, en cuyo procedimiento, por lo demás, predominan los principios de la concentración, la inmediación y el impulso judicial de oficio, que deben caracterizar las actuaciones del Juez en materia de jurisdicción voluntaria".

La Sala, reiterando una vez más el criterio contenido en la anterior decisión, considera que al no poder encuadrarse a la recurrida en alguno de los supuestos previstos en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, es inadmisible el presente recurso de casación."

SCS 03-08-00, dec. Nº a 317:

"Los diversos sentidos de instancia

[...]la Sala de Casación Civil en sentencia de 3 de junio de 1998, caso José Jesús Gabaldón contra Diómedes Méndez, ratificada el 11 de noviembre de 1998, caso Fernando Emilio González contra Beatriz Ramona Plaza Bustillos y otros; entre otras decisiones, dejó sentado el siguiente criterio:

[...]

Nuestro Código de Procedimiento Civil utiliza el término instancia en dos sentidos diferentes:

1) Como solicitud, petición o impulso, cuando alguna disposición exige que el Juez proceda a instancia de parte.

2) Como proceso judicial de conocimiento, desde que se inicia con la demanda, hasta la sentencia definitiva de fondo. En tal sentido habla el Código de jueces de instancia, o Juez de primera o segunda instancia.

En relación con el significado del vocablo, expresa Carnelutti:

"…la palabra demanda se reserva para significar el acto compuesto que resulta de combinar la instancia con la alegación, la voz más adecuada para designar el acto cuya noción he intentado esbozar es instancia; la prefiero a solicitud, porque expresa mejor el concepto de estímulo, y casi diríamos de impulso, a hacer".

Este carácter de impulso que tiene la instancia, aceptado con reticencia por el autor citado, dado que en general el Juez impulsa de oficio el proceso, resulta claro al leer el artículo 11 de nuestro Código de Procedimiento Civil: […]

La demanda que de acuerdo con el artículo 399 eiusdem da inicio al proceso ordinario, es un acto compuesto por la instancia, o sea, el necesario impulso de parte y la alegación, que consiste en la afirmación de los hechos a título de razón de las conclusiones, o dicho de otra manera, la expresión de las razones que sustentan la pretensión.
Se puede afirmar que la apelación en el proceso venezolano es instancia pura, pues basta la expresión de la voluntad de apelar para dar impulso al proceso, abriéndolo a un nuevo grado, denominado en otro sentido segunda instancia, en el cual se va a decidir de nuevo acerca de la misma pretensión contenida en el libelo de demanda."

SCon 23-05-00, dec. Nº 442:

"La tutela a los derechos constitucionales, en el proceso, debe consistir primordial y, en principio, completamente, en la facilitación de los medios para obtener una decisión que se ajuste a lo alegado y probado en autos, y que en su transcurso se respeten los derechos correspondientes a cada una de las partes. Es decir, proveer del acceso sin requisitos de inadmisibilidad desnaturalizantes del derecho de acción; excitar la conciliación de los contendientes; asegurar el control a las partes de los medios de prueba; evitar las dilaciones injustificadas, y otros por igual. El proceso debe permitir el acceso y fijar una ruta segura, que dé a los litigantes las condiciones para discernir sin presiones desmedidas lo que más les convenga, y que no sea sólo la apremiante necesidad de recursos la que los lleve a componer la litis en posición de clara desventaja."

SCon 23-05-00, dec. Nº 437:

"Por otra parte, en sentencia dictada por esta Sala el 15 de febrero de 2000 (caso Enrique Méndez Labrador), se precisó lo siguiente en relación a la tutela constitucional del derecho de acceso a la justicia:
"...Si bien es cierto que el derecho de acceso a la justicia previsto en el artículo 26 de la vigente Constitución, comprende también el derecho a una tutela judicial efectiva y a un debido proceso, en la que se obtenga una resolución de fondo debidamente razonada, este derecho no comprende una garantía de que las sentencias sean acertadas. Esto es, que no puedan ser jurídicamente erróneas por una infracción de la ley o por errores cometidos en la apreciación o establecimiento de los hechos o de las pruebas...".
Una sentencia de la Sala de Casación Civil, el 24 de abril de 1.998 (caso Urbanizadora Nueva Casarapa C.A.), explico los alcances del amparo contra sentencias judiciales de la siguiente manera:
"...No puede ser motivo de un recurso de amparo el juzgamiento de un Juez que considera que unas pruebas fueron extemporáneamente promovidas y por ello no las aprecia, ya que ese es el resultado de la función decisoria."

SCC 30-03-00, dec. Nº 60:

"Sobre este particular, la Sala observa que el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, prevé en sus numerales las sentencias y autos contra los que procede el recurso de casación, y de su lectura resulta evidente que los procedimientos no contenciosos –como es la aceptación de herencia a beneficio de inventario– no están contemplados

en ellos, por lo tanto estos procedimientos no gozan de este recurso extraordinario. (Vid. Sentencia de la Sala de Casación Civil, No. 35 de fecha 10 de marzo de 1999, caso: Carlos Alberto Bacchin Zago contra Gisela Teresita Berrizbeitia y otras).
Por otra parte, esta Sala de Casación Civil sostiene que en los procedimientos de aceptación de herencia a beneficio de inventario, calificados por el código procesal como de jurisdicción voluntaria, por no ser de naturaleza contenciosa, al interponerse oposición o aparecer cualquier otro tipo de controversia, al juzgador no le queda otra alternativa que desestimar la solicitud misma e indicar a los intervinientes que la controversia entre ellos debe resolverse por el procedimiento ordinario, si el asunto controvertido no tiene pautado un procedimiento especial."

SPA 29-03-00, dec. Nº 700:

"El Juez de la causa motiva la declaratoria de falta de jurisdicción, en la inexistencia en autos de demanda que diera inicio al proceso. En atención a esta consideración del a quo estima la Sala oportuno realizar las siguientes consideraciones:
La acción se corresponde desde el punto de vista subjetivo con el derecho que tienen los particulares de solicitar a los órganos jurisdiccionales la tutela de sus derechos e intereses, facultad está que se contrapone con la potestad juzgadora del estado. Ahora bien los sujetos de derecho ejercen esta facultad, según la naturaleza jurídica de la pretensión, mediante la demanda u otra institución procesal tendiente a la iniciación del proceso como la denuncia, el recurso y las solicitudes incoadas ante los tribunales.
De lo expuesto se colige que la demanda no constituye el único medio procesal de instar el proceso, argumento que aplicado al caso de autos evidencia el error en que incurre el Juez al desconocer el asunto planteado con base a la inexistencia del escrito libelar, ya que el asunto le fue sometido a su conocimiento a través de una solicitud hecha con fundamento en la normativa legal que regula la materia."

SCon 24-03-00, dec. Nº 161:

"El sentenciador de la causa falla doblemente en su juicio ya que, en primer lugar, no existe en ninguna de las actas de este juicio constancia alguna de que la accionante haya expresado desacuerdo alguno a la práctica de la medida ejecutada; y en segundo lugar, porque el Código de Procedimiento Civil en su artículo 930, al prescribir el modo para formular oposición a la medida de entrega material del bien inmueble vendido, no ordena un simple formalismo, sino que exige para que la oposición prospere, que sea fundada en causa legal. En este sentido, el comentarista patrio doctor Arminio Borjas comentado el artículo 792 del derogado Código de Procedimiento Civil, de casi idéntica redacción al artículo 930 del vigente Código de Procedimiento Civil, señala lo siguiente: "La oposición a la entrega, ya sea hecha por el vendedor o quien lo represente, ya por un tercero en ejercicio de sus propios derechos, debe fundarse en causa legal". (Vid. Arminio Borjas: Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, Ediciones Sales, tomo VI, tercera edición, Caracas, pág. 379); y más adelante el mismo autor comentando la misma norma señala: "La simple oposición del vendedor razonada o no, ya que no la hecha sin fundamento alguno por los terceros, debiera bastar al Juez prudente para abstenerse... ¨ (A. Borjas, ob. cit., pág. 379).

De aquí se colige que la oposición de un tercero a la medida de entrega material debe cumplir con el requisito de estar fundada en causa legal, por lo que el hecho de que la hoy accionante se negara a firmar el acta de entrega, no puede en forma alguna asimilarse a la oposición contemplada en el artículo 930 del Código de Procedimiento Civil. […]

Ahora bien, se hace necesario dilucidar lo siguiente: el procedimiento de entrega material de bienes vendidos es un procedimiento especial de jurisdicción voluntaria contemplado en el Libro Cuarto, Parte Segunda, Título VI, Capítulo I, del Código de Procedimiento Civil; procedimiento de jurisdicción voluntaria éste de los denominados ***calificados o mixtos****, los cuales exigen que el juzgador actúe con conocimiento de causa, al igual que el procedimiento preceptuado en el artículo 910 eiusdem, referente a las autorizaciones a los padres y tutores, en los cuales si éstos necesitaren autorización judicial para algún acto respecto de los cuales lo exija el Código Civil, especialmente frente a actos de disposición, el Juez siempre deberá en éstos actuar con conocimiento de causa, procedimientos éstos de jurisdicción voluntaria calificados, los cuales se diferencian de los llamados procedimientos de jurisdicción voluntaria* ***simple o mera*** *por cuanto los primeros exigen siempre del juzgador –como ya se dijo– que éste actúe con conocimiento de causa; ejemplo de procedimiento de jurisdicción voluntaria simple o mera es el procedimiento pautado para la autenticación de instrumentos preceptuado en el artículo 927 eiusdem. La doctrina clásica ya había realizado la distinción entre dichos procesos de jurisdicción voluntaria como lo deja sentado el comentarista clásico José de Vicente y Caravantes: "Aunque en los actos de jurisdicción voluntaria no procede el Juez según las solemnidades de los juicios, ó según el conocimiento que resulta de lo que arrojan las pruebas judiciales ó recogidas por las vías legales á que se da el nombre de conocimiento legítimo, en la mayor parte de dichos actos, si se exceptúa la apertura de testamento, procede por conocimiento de causa, esto es, de los medios propios para ilustrar la conciencia del Juez, a cuyo conocimiento, se llama informativo. La necesidad de proceder sin o con este conocimiento, ha dado ocasión a que distingan los autores la jurisdicción voluntaria en el primer caso, en simple ó mera, y en el segundo en calificada ó mixta." (Confróntese, Don José de Vicente y Caravantes: Tratado, Histórico, Critico, Filosófico de los Procedimientos Judiciales en Materia Civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento. Imprenta de Gaspar y Roig, Editores. Tomo IV. Madrid 1856. p. 524).*

SCC 06-03-97. Exp. Nº 96-312, dec. Nº 59:

"La sentencia contra la cual se anunció y negó el recurso extraordinario de casación fue dictada en una solicitud de convocatoria a asamblea general de accionistas de la empresa Servicios Caribe C.A. (Servican).

A juicio de la Sala se está en presencia de un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Esta jurisdicción que comprende todas aquellas actividades en las cuales el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares, dirigida a la satisfacción de intereses mediante el desarrollo: de materias jurídicas. La finalidad a la cual se dirige esta colaboración dada por el Estado a la actividad negocial de uno o varios interesados, no es la de garantizar la observancia del derecho, sino la de mejor satis-

facción, dentro de los límites del derecho, de aquellos intereses privados a los cuales se refiere la relación o situación jurídica que la intervención de la autoridad judicial sirve para constituir o modificar.
Este Tribunal, en sentencia de fecha 10 de agosto de 1989, reiterada posteriormente, en auto de la Sala, con ponencia del mismo Magistrado que ahora suscribe en fecha 2 de noviembre de 1994, dejó sentado lo siguiente:
[…]
Por los razonamientos expuestos, el recurso de casación anunciado contra la sentencia dictada en el procedimiento de convocatoria de asamblea de accionistas de la empresa mercantil Servicios Caribe C.A. (Servicari), correspondiente a la jurisdicción voluntaria, es inadmisible, lo que trae como consecuencia la improcedencia del presente recurso de hecho. Así se decide."

Artículo 12

Los Jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio. En sus decisiones el Juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. El Juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. En la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los Jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe.

La exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Civil que dio lugar al Código vigente, luego de referirse al principio dispositivo en su aspecto de sujeción del juez a lo alegado y probado en autos, precisa que se ha considerado conveniente introducir algunas adiciones:

"Así, se establece que en sus decisiones, el juez debe atenerse a las normas de derecho, a menos que la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad. Esta sujeción del juez al derecho, que es una manifestación fundamental del principio de legalidad en el proceso civil, estaba implícito en el Código vigente [el derogado, entonces vigente] *y se consideró conveniente hacerla expresa en el Proyecto, sobre todo considerando que este principio es la regla general frente a la excepción contemplada en el mismo artículo, de la posibilidad de la jurisdicción de equidad, cuando la Ley lo autorice o cuando las partes de común acuerdo así lo soliciten (Artículo 13)".*

Además de esta vinculación del juez al derecho, se mantiene su vinculación a lo alegado y probado por las partes en autos, sin que pueda

sacar elementos de convicción de fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hechos no alegados ni probados. Sin embargo, a fin de no colocar al juez de espaldas a la realidad y a los conocimientos que le son dados por la ciencia y por la experiencia, se acoge la corriente doctrinal y positiva, consagrada en algunos códigos, según la cual, el juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hechos que se encuentran comprendidos en la experiencia común, principio este de un alto valor dogmático y práctico, que conduce a una mejor administración de justicia.

La verdad procesal

Expone Marcano Rodríguez (1960, 76) que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil ordena a los jueces tener por norte de sus actos la verdad, y a la vez les impone el deber de escudriñarla –procurarán conocer dice con menos fuerza la norma vigente– dentro de lo alegado y probado en los autos, con prohibición expresa de buscarla fuera de éstos:

"La ley, pues, no les impone la inquisición de otra verdad, que la del proceso. Bien pueda existir la certeza moral de la causa, esto es, la verdad misma que se solicita, en otra fuente extraña al juicio, que ello ninguna influencia ejercería en la solución del problema: el juez está constreñido, a seguir solicitándola en los autos, porque no puede traerla de fuera; y esto nos revela que el legislador concibe la posibilidad de una verdad relativa o casuística al lado de la absoluta o abstracta. Racionalmente, todo elemento que fuese idóneo para la demostración de la verdad, en donde quiera que surgiese, en los autos o fuera de ellos, debería ser legalmente utilizable por el juez, cuya misión es indagar la verdad para fundamentar en ella la justicia; pero la legislación positiva que rige el mecanismo de los procesos se separa en muchos casos del camino de los principios racionales, determinada por un pensamiento de utilidad o de necesidad social, y, como lo hace en nuestro artículo, restringe el campo de Investigación de la verdad [...]."

Esta crítica, tradicional por lo extendida en el mundo jurídico, no es acorde con las posibilidades lógicas de averiguar la verdad. Basta pensar que el conocimiento privado que tenga el juez de los hechos debatidos

puede ser erróneo o torcido, y su utilización quedaría fuera del control de las partes. Siendo así, la pauta legal que obliga a los jueces a tener *por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio* debe entenderse dentro de los términos del expediente, única realidad al alcance del juez y de las partes. El conocimiento privado de uno y de los otros no es controlable si no es compartido con la comunidad, y por tanto abre camino a la arbitrariedad. Dentro de estos límites, la justicia de la decisión dependerá de una correcta elaboración del expediente, con la intervención inquisitiva del juez y la actividad de las partes en el aporte de alegaciones y pruebas.

Derecho y equidad

La regla legal comentada establece un segundo precepto: En sus decisiones el juez debe atenerse a las normas del derecho, a menos que la Ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad.

Para entender este canon fundamental de nuestro proceso, es necesario definir qué se entiende por derecho y qué es la equidad, en el contexto de los artículos 12 y 13 del Código de Procedimiento Civil.

Tal como lo expone Larenz (1993, 171), el juez tiene que tomar la ley como expresión de una voluntad del legislador, en conexión con el conjunto del ordenamiento jurídico y con los principios que el ordenamiento lleva consigo, los que van más allá de la ley:

"La vinculación del juez a la ley sólo es, por tanto, un aspecto parcial de su vinculación al Derecho en su conjunto. El Derecho, en efecto, encuentra su expresión primera en la ley en cuanto directriz general, pero es siempre algo más que la ley lo genuinamente «vinculante» a través de ella. [...] El Estado de Derecho no puede renunciar a esta regla, porque en otro caso cada juez podría colocar su propia concepción de lo que es justo y oportuno en el lugar de las reglas válidas para todos y con ello se echaría a perder la igualdad de medida, la igualdad de derechos y la seguridad jurídica. Deberíamos por ello dejar de hacer creer al juez que su vinculación a la ley sólo existe en el papel y esforzarnos en demostrarle cómo puede cumplir esta vinculación con un alcance mayor a través de un proceso metódicamente consciente." (Larenz 1993, 171)

El juez está vinculado al ordenamiento jurídico en general, y en primer término a la Constitución conforme a la cual deberá entender las demás normas de derecho, como se explicará con amplitud en el comentario al artículo 20 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, la regla jurídica positiva sólo constituye el marco de referencia para que el juez construya la premisa mayor del razonamiento de aplicación del derecho, marco obligatorio que debe llenar mediante la interpretación, utilizando como elementos conformadores la jurisprudencia, la doctrina y las máximas de experiencia.

La problemática de la vinculación del juez a la ley surge porque la mayor parte de las leyes no pueden aplicarse por la vía de una simple subsunción lógica de los hechos concretos delimitados con los medios lingüísticos de la ley en el supuesto de hecho legal. La aprehensión más precisa del supuesto de hecho legal exige su interpretación, es decir, una determinación más detallada de su sentido. (LARENZ 1993, 167)

Debido a la prohibición de dejar de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, el juez no puede rechazar el caso que se le presenta y tiene, pese a todo, que decidirlo. Cuando lo ha decidido, crea la sentencia, que tiene fuerza jurídica. No sólo es Derecho entre las partes. Con frecuencia es un precedente y un modelo para la jurisprudencia posterior que coopera en el desarrollo del Derecho. Añade Larenz, en nota al pie de página:

"Toda interpretación judicial de una ley que se adopta por vez primera es ya una pieza (larvada) de la creación judicial de Derecho. La creación judicial de Derecho manifiesta y paladina descansa, en cuanto se mantiene en criterios inmanentes en la ley sobre puntos de vista parecidos a los de la interpretación, y no es otra cosa que una continuación de ésta más allá de los límites del posible significado literal." (Idem)

Sin embargo, sostiene el autor seguido (LARENZ 1993, 170), que hay casi siempre una serie de casos que la norma legal resuelve sin duda alguna. En ellos, la interpretación basada en el sentido literal o en el contexto sólo puede conducir a un único resultado.

Al respecto, y sin incurrir en negaciones absolutas, es pertinente advertir que en ocasiones el sentido unívoco de la norma es una apariencia derivada de la experiencia de vida o del peso de autores que constituyen autoridad en la materia de que se trate.

La apelación a las definiciones "que parecen bien a todos", o a la mayoría, o a los sabios; y, entre estos últimos, a todos, o a la mayoría, o a los más conocidos y reputados, es *endoxa*, en el sentido aristotélico. "*Con este término se alude a la naturaleza peculiar de las proposiciones que constituyen las premisas del silogismo dialéctico y del campo en que la retórica desenvuelve su trabajo*". (García Amado, 1988, 49-50)

En suma, es fuente formal del derecho la ley –en sentido lato– y por remisión de ésta, la costumbre; pero también son fuentes materiales del derecho la jurisprudencia, la doctrina y las máximas de experiencia. Se sostendrá que salvo disposición expresa de ley, no existe sujeción del juez a estas fuentes del derecho, afirmación válida desde el punto de vista formal; pero si el juzgador se aparta de éstas, la decisión podrá ser casada por el Tribunal Supremo de Justicia.

La distinción entre fuentes materiales y formales del derecho es de general aceptación, sólo que en el pasado, al ser entendida la labor judicial como mera aplicación del derecho, las fuentes materiales incidían sólo en la legislación.

Se postula, por tanto, la vinculación del juez al derecho en su conjunto, cuyo contenido determina a partir de la ley, con el auxilio de la jurisprudencia, la doctrina y las máximas de experiencia.

El artículo 13, luego comentado, establece la posibilidad de que las partes de común acuerdo concedan al juez el poder de apartarse de la ley para fundar su decisión en lo más justo para el caso concreto, en la equidad. Tal posibilidad excepcional en nuestro proceso real, no excluye que la decisión judicial deberá estar signada por la equidad: en función de ésta se examinan las pruebas y se determina el derecho.

Desarrolla Henríquez La Roche (1995, I, 74), lo que denomina tres grados de atribución de equidad para el juez: a) la jurisdicción de

equidad propiamente tal que otorga este artículo 13 *ope conventionis*; es decir, cuando las partes acuerdan pedir al juez que resuelva según la equidad, siempre que no estén en juego derechos indisponibles de orden público; la jurisdicción de equidad *ope legis*, conferida por la Ley en el artículo 23: cuando la ley dice: *El juez o Tribunal puede o podrá se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad*; y finalmente, la discrecionalidad ordinaria del juez; es decir, una equidad *ope judicis*. El juez tiene esta opción dentro del sistema de la legalidad, en orden a la interpretación amplia o restrictiva de la norma jurídica, según un criterio razonable y de sentido común, con fundamento en el marco de variedad de posibilidades que brinda la necesaria indeterminación de toda norma general, y que deviene precisamente de esa generalización.

En este último sentido, RECASÉNS (1959, X, 427, 428) afirma que esta es la acepción más usada e importante:

"es la de denotar una norma individualizada (sentencia judicial o resolución administrativa) que sea justa, es decir que resulte justa en particular y concreto para el que se dictó. En este sentido se suele hablar de equidad como de aquello que el juez debe poner en práctica para lograr que resulte justa la conversión de la norma genérica y abstracta de la ley en la norma concreta e individualizada de la sentencia dictada para un caso singular."

Al margen del expreso permiso legal, la doctrina acepta la necesidad de apartarse de la regla legal cuando la solución literal no conduce a una justa resolución del conflicto sometido a la jurisdicción, situación que conforme a este último autor, se debe solucionar mediante la correcta interpretación de la norma:

"Lo que se solía llamar "equidad" no es un procedimiento para corregir leyes imperfectas. Es la manera correcta de interpretar todas las leyes, absolutamente todas. Es la manera correcta de entenderlas. Es la manera correcta de tomarlas como base para elaborar las normas individualizadas. Siempre y en todos los casos. Sin excepción. La equidad no es un

recurso "extraordinario" para "suavizar" la aplicación de ciertas leyes. Por contra, debemos reconocer que debe ser el "procedimiento ordinario" para tratar con todas las leyes. Si el legislador lo ha prohibido alguna vez, esto no tiene alcance, no puede tenerlo. El legislador tiene poder para abrogar o derogar una ley y dictar nuevas normas. Tiene incluso poder para aclarar en términos generales el sentido y el alcance que quiso dar a una ley suya anterior; pero entiéndase bien, "en términos generales", con lo cual lo que hace es dictar una especie de legislación complementaria. Pero si habla de métodos de interpretación emite entonces palabras que se las debe llevar el viento. Con esto no trato de ningún modo de debilitar o de cercenar el deber de obediencia a la ley, deber que pesa sobre todo juez; porque ese deber se refiere a la ley, es decir, a una norma general, pero no comprende, no puede jamás comprender la tarea de individualización, la cual no pertenece, no puede pertenecer, a la función legislativa. Es como si al legislador se le ocurriese legislar sobre las leyes de la naturaleza, o sobre las leyes de la matemática. Aquí ciertamente no se trata del curso de los astros, ni tampoco se trata de los principios de la matemática. Pero se trata de algo tan objetivo y tan respetable: se trata del logos de la vida humana, sobre el cual el legislador no tiene imperio alguno, como no lo tiene sobre las leyes de la física o los principios de la geometría. Cierto que los principios de logos de lo razonable son muy diferentes de la lógica físico matemática; pero son tan objetivamente válidos como los de ésta." (Recaséns 1959, X, 429).

Sujeción a lo alegado y probado

El juez en su decisión debe atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados. Aprecia Henríquez La Roche (1995, I, 59) la existencia de dos principios relacionados pero diferentes, el de congruencia de la decisión con la pretensión: *ne eat iudex ultra petita partium, iudex secundum alligata et probata decidere debet*; y el principio de presentación, según el cual no se puede sacar elementos de convicción fuera de los autos (*quod non est in actis non est in mundo*).

El fallo debe ser conforme con la pretensión y con las excepciones y defensas opuestas, tal como lo ordena el ordinal 5º del artículo 243 del Código de Procedimiento Civil, estrechamente relacionado a esta regla en lo atinente a las alegaciones de las partes, que no a la prueba de los hechos. "*El pronunciamiento del juez debe resolver todo lo alegado y sólo lo alegado por las partes en la oportunidad procesalmente hábil para ello*" (MÁRQUEZ 1984, 25).

El fallo debe recaer sólo sobre aquellas cuestiones de hecho planteadas en el libelo y en la contestación; luego de esta actuación, precluye la oportunidad para alegar nuevos hechos relativos al fondo de la controversia, por mandato del artículo 364 del Código de Procedimiento Civil. (ABREU Y MEJÍA 2005, 360)

En primer término, es necesario precisar que esta preclusión se refiere a los hechos, porque las partes, en cualquier momento del proceso, pueden alegar la aplicación de una regla de derecho; y el juez puede y debe, de oficio, aplicar el derecho a los hechos alegados y probados, aun cuando no lo hayan invocado las partes. En virtud del principio "*iura novit curia*", sólo está sujeto el juez, por aplicación del principio dispositivo que impera en el proceso civil, a la afirmación de los hechos por las partes, no a la aplicación del derecho. (Idem, 361)

Por tanto, se puede concluir que "no existe incongruencia cuando el juez presenta la cuestión de derecho en forma distinta a como ella fue presentada por las partes, cambiando las calificaciones que éstas han dado, o haciendo apreciaciones o argumentos legales, que son producto de su manera de ver el problema sometido a su consideración". (SCC 20-4-2005, dec. 139)

En cuanto al otro aspecto, la sujeción del juez a lo probado en autos, la iniciativa probatoria no es exclusiva de las partes, pues el juez venezolano está facultado para promover y hacer evacuar pruebas, conforme a lo establecido en el artículo 401 del Código de Procedimiento Civil. Son verdaderas pruebas producto de la actividad inquisitiva del juez, diferentes a los autos para mejor proveer que *son providencias que el sentenciador puede dictar de oficio en ejercicio de las facultades discreciona-*

les que la Ley le otorga, para esclarecer, verificar o ampliar, por si mismo, determinados puntos, ya constante en los autos, cuando a su juicio ello sea necesario para formarse mejor su convicción y poder decidir con justicia e imparcialidad. (SCC 12-4-2004, dec. 308)

El deber del juez de atenerse a lo probado en autos está estrechamente relacionado con el artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, que lo obliga a *analizar y juzgar todas cuantas pruebas se hayan producido, aun aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del juez respecto de ellas*. El incumplimiento de esta disposición conduce a la nulidad del fallo por silencio de prueba, error que la Sala de Casación Civil considera infracción de ley cometida al establecer y valorar los hechos o las pruebas (SCC 5-4-01, dec. 62), en tanto que para la Sala de Casación Social constituye inmotivación del fallo.

Posibilidad de fundar la decisión en máximas de experiencia

Otro aspecto del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil consiste en la posibilidad expresada así: "*El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia.*"

Conforme a la doctrina de la Sala de Casación Civil, que en el punto sigue a Stein, "las máximas de experiencia son conocimientos normativos que pertenecen a la conciencia de un determinado grupo de personas, espacio o ambiente; en fin, son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos posteriores de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretendan tener validez para otros nuevos".

"Debe distinguirse el hecho notorio de las máximas de experiencia; mientras los hechos notorios son concretos sucesos que aparecen en el proceso como premisas menores del silogismo en que consiste la sentencia; en cambio, las máximas de experiencia, por ser reglas generales extraídas de la experiencia, mas no por ello capaces de configurar la quaestio facti,

aparecen en las premisas mayores generales no jurídicas." (SCC 21-6-05, dec. 412)

También ha establecido la Sala, respecto a las máximas de experiencia, la existencia de una facultad discrecional del juez de aplicar las máximas de experiencia:

"Ahora bien, el recurrente también denuncia que el juzgador infringió una máxima de experiencia de acuerdo con la cual las cosas, inmuebles y lugares sufren modificaciones con el transcurso del tiempo. Al respecto es necesario acotar, por una parte, que claramente el artículo 559 del Código de Comercio establece la responsabilidad de la aseguradora en honrar el contrato de seguro, cuando el cambio de lugar ha sido consentido por esta última, lo cual descartaría cualquier aplicación del conocimiento común o máximas de experiencia, como señala el formalizante, pues existe una norma que regula el punto jurídico. Por otra parte, el juez no viola las máximas de experiencia sino cuando decide aplicarlas, ya que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dice puede y, por tanto, es facultativo de él aplicarlas o no, y como no las aplicó no pudo haberlas infringido." (SCC 31-10-00, dec. 397)

La decisión transcrita sigue literalmente el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil, que luego se comentará, pero es necesario adversar desde ya el criterio, porque siendo las máximas de experiencia reglas del correcto razonar práctico, no es posible atribuir al juez la facultad de considerar oportuno y conveniente no aplicarlas en un caso concreto, fundamento y alcance de la discrecionalidad del funcionario. Basta pensar que la violación de las más obvias máximas de experiencia hacen inmotivado lo decidido, por absurdo; y la consecuencia del criterio sería la existencia de una facultad discrecional de dictar decisiones absurdas.

STEIN (1999, 17-27) las reduce a dos formas fundamentales: o son definiciones, juicios aclaratorios que descomponen una palabra o un concepto en sus notas constitutivas, o son tesis hipotéticas que expresan las consecuencias que cabe esperar a partir de determinados presupuestos.

"En la primera categoría se incluye solo una pequeña minoría, a saber, las máximas de la experiencia sobre el uso del lenguaje, ya sea en general

o en ambientes más específicos (de los comerciantes, de determinadas profesiones, del hampa, etc.) o los significados peculiares de las palabras según el lugar o el dialecto.

A la segunda categoría pertenece toda la restante masa de máximas de la experiencia. A todas éstas es común la idea de que, bajo determinadas condiciones, se repiten como consecuencia los mismos fenómenos. Es una previsión (Erwartung) a la que podemos llegar simplemente por el camino de la inducción, esto es, en la medida en que partimos de la experiencia de que, en una serie de casos, condición y consecuencia, sujeto y predicado del juicio lógico se encuentran ligados de una manera determinada. Hay que partir, pues, de lo que sucede en la mayoría de los hechos concretos, de los "casos comprobados". (Stein 1999, 24)

"Son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos." (Idem, 27)

La doctrina en el derecho comparado incluye dentro de las máximas de experiencia los conocimientos técnicos específicos, en cuanto principios de un arte o ciencia. La disposición comentada se refiere a las máximas conocidas por todos, o por la generalidad de las personas pertenecientes a la cultura de quien juzga; las otras, las máximas técnicas tendrán que ser traídas a juicio mediante la actividad probatoria, generalmente mediante la experticia. (Cf. Stein 1999, 33 y ss)

Las funciones más importantes de las máximas de experiencia en el proceso son dos. Las utiliza el juez al establecer el hecho; para entenderlo el juez debe subsumirlo en una regla de juicio, que puede constituir una categoría (frío, caliente, luz, oscuridad, etc), una regla de la vida (el agricultor suele ser paciente), un refrán o dicho popular (no por mucho madrugar amanece más temprano) o en una norma jurídica. En los primeros casos, se tratará de una premisa mayor fáctica que permite calificar el hecho a la luz de reglas no jurídicas, reglas de carácter general que la doctrina ha denominado "máximas de experiencia". (Cf. Abreu y mejía 2005, 448)

"La otra función de las máximas de experiencia consiste en completar los conceptos jurídicos no definidos por la ley, con criterios sociales de valor. Así cuando la norma establece como causal de divorcio la "injuria grave que hace imposible la vida en común", deberá el juez determinar en que consiste tal injuria grave, para lo cual utilizará de manera tópica, como se dijo, las opiniones de los autores y los criterios jurisprudenciales, pero también, y en este caso en forma especialmente determinante, las máximas de experiencia, para establecer, por ejemplo, que un hecho puede ser injurioso para un matrimonio andino y no serlo para una pareja oriental." (Abreu y Mejía 2005, p. 449)

Interpretación de los contratos

El legislador de la reforma procesal de 1996 incluyó dentro del artículo 12 las reglas de interpretación de los contratos, que constituían en el Código derogado una regla independiente: "*en la interpretación de contratos o actos que presenten oscuridad, ambigüedad o deficiencia, los jueces se atendrán al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe*".

Está signada la regla legal por el tradicional criterio de que la necesidad de interpretación se circunscribe a los casos de oscuridad, ambigüedad o deficiencia de acto –*in claris non fit interpretatio*– que conforme a los criterios actuales debe ser rechazada. "*Las propias doctrinas francesa y belga admiten hoy pacíficamente que no tan solo el contrato oscuro o deficiente necesita de interpretación, y que sería erróneo sacrificar al mero significado literal o gramatical de las expresiones empleadas por las partes aquello que, por otros índices no menos significativos, resulta haber sido la verdadera común intención de las partes.*" (Melich 1993, p. 348)

La Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia ha reiterado la posición tradicional del más alto tribunal, en cuanto al control por la casación de los errores que pueda cometer el juez al interpretar el contrato:

"Además, la Sala observa que el fundamento de la denuncia se refiere al error intelectual del juez en la interpretación del contrato. En relación

con ello, este Tribunal Supremo reitera que es de la soberanía de los jueces de instancia la interpretación del contrato, a menos que el juez incurra en desnaturalización o desviación intelectual de su contenido, situación que puede denunciarse a través del primer caso de suposición falsa o que se esté en presencia de la excepción prevista en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, al respecto ha señalado la Sala lo siguiente:

"...Constituye doctrina reiterada de esta Corte, que la interpretación de los contratos es cuestión de hecho reservada a los jueces de instancia, controlable por esta Sala sólo cuando el sentenciador hubiese incurrido en suposición falsa, salvo que el juez califique erróneamente el negocio jurídico, y lo subsuma en una norma que no es aplicable, error éste de derecho."

En sentencia de fecha 11 de marzo de 1992, expresó la Sala:

'La interpretación de los contratos, de acuerdo a reiterada doctrina de esta Sala, es de la soberanía de los jueces de instancia, y la decisión que al respecto ellos produzcan, sólo será atacable en Casación por denuncia de error en la calificación del contrato, error éste de derecho, o por suposición falsa.'

"Ahora bien, ha admitido esta Corte la casación por desnaturalización de una mención contenida en el contrato, que conduciría a que la cláusula establecida en el mismo, produzca los efectos de una estipulación no celebrada.

El límite entre la soberana interpretación del contrato y la tergiversación o desnaturalización de la voluntad contractual está constituido por la compatibilidad de la conclusión del juez con el texto de la mención que se interpreta. Si el establecimiento de los hechos por el juez es compatible con la expresión de la voluntad de las partes, estamos en la esfera de la interpretación; si, por el contrario, la conclusión del sentenciador no es compatible con el texto, estaríamos en presencia de una desnaturalización del contrato..." (Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 29 de noviembre de 1995, en el juicio de la Universidad Central del Venezuela contra Banco Provincial de Venezuela, C.A., hoy Banco Provincial S.A.C.A., en el expediente N° 94-703, N° 569). (Criterio ratificado en SCC 29-01-02, dec. Nº 65)

Esta posición ha sido adversada por la doctrina (Cf. Melich 1987 y 1993, Barrios 1982), al considerar que se trata de una cuestión de derecho controlable por la Sala:

"La verdad es que los criterios para distinguir entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho que ha establecido nuestra casación adolecen de una burda e inaceptable simplificación. Consecuencia de ello es que se deje al margen del derecho casi toda la actividad interpretadora que cumplen los jueces del mérito, con lo que resulta abolida en la práctica la garantía de una unívoca interpretación judicial de los contratos y negocios jurídicos." (MELICH 1987, 139)

La solución dada por la casación venezolana se entiende mejor a la luz de las específicas reglas del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, que prohíbe a la Sala de Casación Civil extender su examen *al establecimiento y apreciación de los hechos que hayan efectuado los Tribunales de instancia, salvo que en el escrito de formalización se haya denunciado la infracción de una norma jurídica expresa que regule el establecimiento o valoración de los hechos, o de las pruebas o que la parte dispositiva del fallo sea consecuencia de una suposición falsa por parte del juez.*

Atinadamente observó la Sala en otro contexto (SCC 5-4-01, dec. 62) que la labor de establecer y valorar los hechos puede ser una cuestión de derecho, de la cual conocerá la Sala, previa denuncia de infracción de una regla legal expresa que regule esta actividad.

Se trata de una cuestión de derecho, pero una cuestión que por estar referida al establecimiento y apreciación de las pruebas está reservada a los jueces de instancia, salvo que se denuncie la infracción de una regla legal expresa que regule la actividad probatoria. En relación con la expresión "regla legal expresa", se señala:

"El carácter de "expreso" que se atribuye a las normas que permiten revisar el juzgamiento de derecho sobre los hechos ha sido fuente de criterios discordantes. Se ha insistido en que se trata de una mala traducción del francés, que transformó la exigencia de infracción expresa al texto de la ley, en el sentido de directa inobservancia de las normas jurídicas, en la todavía vigente "norma jurídica expresa". La persistencia en el "error", a través de sucesivos códigos, obliga a reflexionar sobre el significado de esta última expresión.

La aceptación de la existencia de una premisa mayor judicial, o sea construida por el juez a partir de la ley, hace cobrar nuevo sentido a la polémica expresión, pues para la actualización de la excepción será necesario que la ley explícitamente regule el juicio del sentenciador al establecer y apreciar los hechos; sin tal regulación expresa no obra la excepción de casación sobre los hechos, quedando excluidas las reglas generales que orientan la función de juzgar, sin establecer preceptos específicos, como lo son el deber de atenerse a lo probado en autos; tener por norte la verdad; atenerse en la interpretación de los contratos o actos, al propósito y a la intención de las partes o de los otorgantes, teniendo en mira las exigencias de la ley, de la verdad y de la buena fe; o la confianza que merezcan los testigos por su edad, vida y costumbres.

En ninguno de estos casos existe una norma jurídica expresa que regule el establecimiento o valoración de los hechos o de las pruebas, sino un marco legal general que servirá de base a la construcción de la premisa mayor judicial, la cual se completará con máximas de experiencia, convicciones personales del juez, jurisprudencia y doctrina de los tratadistas.

Habrá que observar el desarrollo de la jurisprudencia de la Sala de Casación sobre la infracción de las máximas de experiencia al examinar las pruebas. La admisibilidad de su denuncia, integrada a la norma legal, o como violación de la sana crítica, abriría el camino a otro aspecto del examen de los hechos, como lo demostró en España Sergi Guasch." (Abreu y Mejía 2005, 466-467)

En conclusión, las reglas de interpretación de los contratos son orientaciones de carácter general y necesitan ser completadas con jurisprudencia, doctrina y máximas de experiencia. Los límites legales al conocimiento de la casación podrían ser ampliados mediante la interpretación, de manera tal que se cumpla la finalidad de unificación de la jurisprudencia en todos aquellos casos que pueden servir de precedente para las decisiones futuras, en la interpretación de contratos uniformados, como los bancarios o de seguros, o simplemente estandarizados por el uso, como los contratos de arrendamiento.

JURISPRUDENCIA

SCS 04-06-04, dec. Nº 520:

"Este requisito de la congruencia, tiene por finalidad asegurar un adecuado cumplimiento del principio dispositivo expresado en el artículo 12 eiusdem, que implica el deber del juez de atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados."

SCon 14-05-04, dec. Nº 903:

"Cuando no se ha demandado al grupo económico como tal ¿puede condenarse a alguno de sus miembros, no demandado ni citado? Conforme a los principios contenidos en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil y que rige a los procesos dominados por el principio dispositivo, es necesario alegar la existencia del grupo, su conformación, e inexorablemente señalar cuál de sus componentes ha incumplido, motivo por el cual en la sentencia definitiva se levanta el velo de la personalidad jurídica al grupo y se determina la responsabilidad del otro u otros miembros que, teniendo una personalidad jurídica propia, no mantuvo o mantuvieron una relación jurídica con el demandante.

En estos casos, al sentenciarse al grupo, podría condenarse a sus miembros identificados en el fallo, que fueron mencionados en la demanda, así no fueran emplazados. Las pruebas sobre la existencia del grupo, su controlante, etcétera, permiten al juez condenar –si fuere el caso– a la unidad formada por todos los miembros y que quedó representada por el controlante.

El principio anterior, a juicio de esta Sala, sufre una excepción en materia de orden público, cuando la ley señala una obligación -o una actividad- que debe corresponder en conjunto al grupo. En la materia exclusiva donde esa obligación o actividad en conjunto existe, así la demanda no se incoe contra el grupo como tal, sino contra uno de sus componentes, debido a que por la ley todos los miembros tienen una responsabilidad o deben contribuir a resolver una situación, por lo que conocen de la demanda así no sea contra ellos, si de autos quedan identificados quiénes conforman al grupo y sus características, la sentencia podrá abarcar a los miembros de éste no mencionados en el libelo. No se trata exclusivamente de una cuestión de solidaridad entre los diversos miembros del grupo económico, como la denomina el artículo 21 del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo o el artículo 323 del Decreto con Rango y Fuerza de Ley General de Bancos y Otras Instituciones Financieras, y como fuese planteado por el fallo sometido a consulta, sino de una obligación indivisible que nace por la existencia de los grupos; y este criterio funciona exclusivamente en materia de orden público e interés social, donde es necesario proteger al débil o a la sociedad, en aras de una justicia eficaz, contraria a la multiplicidad de juicios, para dar cumplimiento a los artículos 2 y 26 constitucionales, y es en estas materias donde se puede dictar el fallo contra personas determinadas que surgen de autos como elementos del grupo, así no fueran mencionados en la demanda. Claro está que ello sólo podría suceder, si hay pruebas inequívocas del grupo, de sus componentes y del ente o sujeto controlante, con las modalidades que esta figura asume en cada caso.

En la fase de ejecución de sentencia, donde no hay un proceso de cognición, tal situación de extensión de la fase ejecutiva a quien no ha sido demandado como miembro del grupo, no podría ocurrir, ya que el principio (salvo excepciones) es que el fallo debe señalar contra quién obrará y, de omitir tal señalamiento, la sentencia no podría ejecutarse contra quien no fue condenado."

SCS 15-04-04, dec. Nº 288:

"De acuerdo con la doctrina pacífica y reiterada de este alto Tribunal, toda sentencia debe cumplir con el principio de exhaustividad que le impone al Juez el deber de resolver sólo sobre lo alegado, pues al resolver lo no pedido, incurre en el vicio de incongruencia positiva. Asimismo, el Juez debe resolver sobre todo lo alegado en el libelo y la contestación y excepcionalmente en otra oportunidad procesal como los informes, a riesgo que si no resuelve lo pedido, incurrirá en el vicio de incongruencia negativa.

De manera que, una sentencia es congruente cuando guarda relación con los pedimentos del libelo de demanda y los términos en que el demandado dio su contestación.

Este requisito de la congruencia, tiene por finalidad asegurar un adecuado cumplimiento del principio dispositivo expresado en el artículo 12 eiusdem, que implica el deber del juez de atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados ni probados."

SCC 19-09-02, dec. Nº 38:

"Tenida la sentencia como la verdad del caso concreto, pronunciada por el Juez en ejercicio de facultades expresas que le son atribuidas legalmente, ha de precisarse, en primer lugar y prioritariamente, que tal pronunciamiento sea expresión de la verdad. Por su razón etimológica, la verdad supone la existencia real de una cosa; vale decir, sólo son verdades las cosas reales y sólo son reales las cosas que tienen existencia efectiva. […]

Como todo precepto de Ley, la norma que regula la actuación del Juez le impone, asimismo, la obligación de conocer la realidad social presupuesta y por esta vía y por la de las máximas de experiencia, aplicar la normatividad que consagra el precepto; vale decir, que no se concibe que el Juez decida sin conocimiento de los supuestos de hecho que constituyen la normalidad social, como ocurre en el fondo con la sentencia aprobada."

SCC 31-05-02, dec. Nº 279:

"El anterior precepto normativo le atribuye a lo jueces de instancia la interpretación de los contratos, quienes realizan la labor de indagar la voluntad e intención de las partes contratantes al establecer determinadas obligaciones y derechos. Los tribunales del fondo son los únicos que pueden establecer lo que cada una de las partes ha dado o prometido, el alcance y extensión de las respectivas prestaciones y hasta las consecuencias que pudieron ser previstas al tiempo de celebrar el convenio.

Es jurisprudencia reiterada de esta Sala que la interpretación de los contratos es materia reservada a los jueces de instancia, de la cual sólo puede conocer la Sala cuando se denuncie la comisión por el juez de suposición falsa, o un error en la calificación del contrato."

SCC 29-01-02, dec. Nº 65:

"Ahora bien, ha admitido esta Corte la casación por desnaturalización de una mención contenida en el contrato, que conduciría a que la cláusula establecida en el mismo, produzca los efectos de una estipulación no celebrada.

El límite entre la soberana interpretación del contrato y la tergiversación o desnaturalización de la voluntad contractual está constituido por la compatibilidad de la conclusión del Juez con el texto de la mención que se interpreta. Si el establecimiento de los hechos por el Juez es compatible con la expresión de la voluntad de las partes, estamos en la esfera de la interpretación; si, por el contrario, la conclusión del sentenciador no es compatible con el texto, estaríamos en presencia de una desnaturalización del contrato..." *(Sentencia de la Sala de Casación Civil de fecha 29 de noviembre de 1995, en el juicio de la Universidad Central del Venezuela contra Banco Provincial de Venezuela, C.A., hoy Banco Provincial S.A.C.A., en el expediente N° 94-703, N° 569).* (Destacado de la Sala).

En aplicación de la doctrina transcrita, la Sala establece que la desviación ideológica cometida por el juez en la interpretación de los contratos, sólo puede ser atacada mediante el primer caso de suposición falsa, para cuya denuncia el formalizante debe cumplir con la siguiente técnica: a) indicar el hecho positivo y concreto que el juzgador haya dado por cierto valiéndose de una suposición falsa; b) el señalamiento del acta o instrumento cuya lectura patentice la suposición falsa, c) indicación y denuncia del texto o los textos aplicados falsamente, porque el Juez da por cierto un hecho valiéndose de una suposición falsa; y d) la exposición de las razones que demuestren que la infracción cometida fue determinante del dispositivo de la sentencia."

SCS 18-10-01, dec. Nº 249:

"Las máximas de experiencia no son pruebas que en el sentido tradicional puedan considerarse o analizarse como existentes o no en los autos ni, por tanto, como subsumibles en la hipótesis de falsa suposición alegada, esto es, cuando el Juez da por demostrado un hecho con base en declarar también la presencia en el expediente de una prueba inexistente en realidad en él."

SCS 26-07-01, dec. Nº 178:

"En cuanto al planteamiento formulado por la recurrente sobre la necesidad de probar el daño sufrido por la pérdida del valor de la moneda, debe la Sala acotar que ello es inoficioso, pues el daño sufrido por el retardo en el pago, que puede inferir el Juez mediante la aplicación de una máxima de experiencia, es producto de la inflación acaecida, y como ya lo ha determinado la jurisprudencia la inflación es un hecho notorio exento de prueba, según dispone el artículo 506 del Código de Procedimiento Civil."

SCC 06-02-01, dec. Nº 012:

"Incumple el recurrente con la técnica pertinente para la formalización de una denuncia por infracción de ley en la cual se acusa la violación de una máxima de experiencia.

En efecto, cuando se alega la violación de una máxima de experiencia –conocimiento privado del Juez– que le debe resultar idónea al sentenciador para lograr la integra-

ción del concepto jurídico indeterminado previsto en el supuesto normativo, debe invocarse la violación del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, que faculta al Juez para fundar su decisión en máximas de experiencia, igualmente debe indicarse cuál es la máxima de experiencia infringida y la norma a la cual se adminicula la misma, e indicarse la respectiva falta o falsa aplicación de la ley o la errónea interpretación."

SCC 11-08-00, dec. Nº 304:

"Conforme a la doctrina de la Sala, las máximas de experiencia son conocimientos normativos que pertenecen a la conciencia de un determinado grupo de personas, espacio o ambiente; en fin, son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos posteriores de cuya observación se han incluido y que, por encima de esos casos, pretendan tener validez para otros nuevos.

De ello se concluye que el acontecimiento constituido por la reorganización del Poder Judicial y consecuente suspensión de los días de despacho que según el formalizante hizo imposible la consignación de las actas conducentes a resolver el recurso de hecho, alegado como máxima de experiencia, no puede ser asimilado como tal, pues contrariamente a lo expresado, éste constituye un hecho concreto que no puede ser traído de oficio por el sentenciador, como lo ha señalado la Sala, sino que debe, necesariamente, ser traído al proceso por las partes, ya sea en el libelo de la demanda o en el escrito de reconvención o en alguna otra oportunidad del proceso, a fin de que el mismo forme parte de los elementos de hecho que circunscriben el problema judicial a debatir."

SCS 06-04-00, dec. Nº 82:

"De la anterior argumentación se debe inferir que en los casos en los cuales se denuncie como infringido el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, bien sea por la aplicación de una máxima de experiencia o porque se incurre en el segundo caso de suposición falsa, es una carga actual para el denunciante señalar el artículo o artículos violentados por el juez, siendo que éstos eran los únicos supuestos donde se permitía la denuncia aislada del artículo; resulta evidente que para las restantes situaciones en donde se señale como infringido el artículo, debe el recurrente igualmente indicar el tipo de vicio de que se trate y el artículo o artículos violentados."

SCC 21-6-05, dec. Nº 412:

"En la denuncia que se examina, el formalizante omitió dar cumplimiento a los requisitos antes señalados para denunciar la violación de una máxima de experiencia, pues no demuestra que la recurrida haya empleado una máxima de experiencia en la premisa mayor del silogismo, ni que la haya integrado a una concreta norma jurídica, ni denuncia la violación de alguna disposición legal.

En consecuencia, la Sala desecha la presente denuncia por no haber el formalizante cumplido con los requisitos antes señalado...".

En este mismo sentido se han pronunciado Alirio Abreu Burelli y Luis Aquiles Mejía Arnal en su obra "La Casación Civil", Editorial Jurídica ALVA, S.R.L., Caracas, 2000, p. 493, al expresar lo siguiente:

"...En el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, se expresa que el juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentran comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia. Quiere decir que es posible utilizarlas en la sentencia, como instrumento para la aplicación de las normas jurídicas al caso concreto. Por tanto, como explica Chiovenda, al integrarse a la disposición legal, da lugar a un problema de derecho y de aplicación de la ley, censurable en casación, de conformidad con el ordinal 2º del artículo 313 eiusdem.

Precisamente, las nociones antes expuestas, explican la necesidad de que la denuncia de una máxima de experiencia, en esta hipótesis, deba hacerse vinculando su infracción con una regla jurídica en cuya aplicación se utilizó como base la máxima de experiencia violada. Es decir, que es menester demostrar cómo, cuándo y en qué sentido su infracción produce la falsa aplicación de la norma al caso concreto, pues de lo contrario, aislada de su consecuencia la declaratoria con lugar de la violación de una máxima de experiencia, no permite por sí misma, la posibilidad de declarar la nulidad del fallo.

En consecuencia, la denuncia debe fundarse en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, alegando la violación del artículo 12 eiusdem, con precisa indicación de cuál es la máxima de experiencia infringida, y la denuncia de la violación de la norma para cuya aplicación sirvió de base la máxima de experiencia..."

SCC 30-11-00, dec. Nº 397:

"Ahora bien, el recurrente también denuncia que el juzgador infringió una máxima de experiencia de acuerdo con la cual las cosas, inmuebles y lugares sufren modificaciones con el transcurso del tiempo. Al respecto es necesario acotar, por una parte, que claramente el artículo 559 del Código de Comercio establece la responsabilidad de la aseguradora en honrar el contrato de seguro, cuando el cambio de lugar ha sido consentido por esta última, lo cual descartaría cualquier aplicación del conocimiento común o máximas de experiencia, como señala el formalizante, pues existe una norma que regula el punto jurídico. Por otra parte, el juez no viola las máximas de experiencia sino cuando decide aplicarlas, ya que el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil dice ***puede*** *y, por tanto, es facultativo de él aplicarlas o no, y como no las aplicó no pudo haberlas infringido."*

SCS 29-11-00, dec. Nº 519:

"Es una cuestión de hecho el establecimiento, por el juez, de la existencia de determinados hechos, mediante el examen de las pruebas, en tanto que es cuestión de derecho su calificación, como constitutivos del supuesto legal."

En tal oportunidad se casó el fallo porque el Juez de reenvío consideró que debía tratarse de múltiples injurias, respecto a lo cual la Sala expresó:

"Considera la Sala que, a pesar de la utilización del plural, el criterio legal es cualitativo, no cuantitativo, o sea que los excesos, sevicia e injurias graves deben ser de tal entidad que haga imposible la vida en común, sin que sea necesaria su repetición. Un único hecho puede ser de tal entidad que impida la convivencia de la pareja, en tanto que la reiteración de los hechos podría significar el perdón de los anteriores, siendo

entonces principalmente relevante el último de ellos, aquél que impidió la continuación de la relación.”

Cuando el legislador no define el concepto jurídico, la disposición legal debe ser completada por el Juez, para lo cual recurre, generalmente, a la jurisprudencia, la doctrina y las máximas de experiencia.

En el caso bajo decisión, el Juez de reenvío se fundamentó en una máxima de experiencia, cuando expresó:

“A criterio del Juzgador luego que varias personas han presenciado y oído los epítetos antes señalados, se constituyen en injuria grave que hace imposible la vida en común y ha quedado configurada la causal prevista como 3º del artículo 185 del Código Civil. Y así se declara.”

Con ello establece que el hecho de que varias personas hayan presenciado los insultos proferidos, constituye una agravación de la injuria, que por sí sola conduce a que se haga imposible la vida en común. Tal máxima de experiencia no ha sido directamente combatida como tal por el formalizante, sino que éste considera que la conclusión resulta desvirtuada por la propia pretensión.”

SCC 11-05-00, dec. Nº 150:

“Se aprecia que en el presente asunto, que el principio cuyo enunciado señala el formalizante –no se puede ratificar lo que es nulo–, no es una máxima de experiencia, por lo que no procedía la acusación del artículo 12 en los términos empleados por el formalizante.”

SCC 03-05-06, dec. Nº 301:

“El principio que desarrolla el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, permite al juez tomar en cuenta en su decisión aquellos conocimientos de hecho comprendidos en la experiencia común, esto es, que el juzgador, como cualquier otra persona, tiene la facultad de servirse de sus propios conocimientos, de su ciencia privada como se le llama, que no es de él en particular, sino que es general de todos los individuos con uso de razón y en posesión de un grado determinado de cultura, a objeto de que pueda integrar con tales conocimientos de la experiencia común, aquellas normas jurídicas adecuadas en el caso para resolver la controversia particular que se le ha sometido. […]

Algunos ejemplos de máximas de experiencia serían los siguientes: El sol sale por el este; un cuerpo abandonado en el vacío, cae; los frutos maduran en el verano; en Venezuela se conduce por la derecha; las personas ancianas caminan con lentitud; las aves emigran en el invierno”.

De la doctrina transcrita, que una vez más se reitera, se puede deducir que ***si bien la infracción de una máxima de experiencia puede conducir a la casación del fallo, es necesario que se exprese claramente de cuál máxima se trata, relacionándola con la infracción de una regla legal; para lo cual debe el concurrente indicar, por una parte, el contenido de la disposición que resulta incompatible con la máxima de experiencia, para luego explicar cómo el resultado de la violación de la premisa mayor fáctica o máxima de experiencia tiene como resultado la violación de la regla legal…*** ”. (Resaltado de la Sala)

SCS 24-11-05, dec. Nº 1689:

"Las máximas de experiencia han sido definidas por la Sala de Casación Social en sentencia N° 420 de 2003, como aquellos "juicios hipotéticos de contenido general, sacados de la experiencia, sean leyes tomadas de las distintas ramas de la ciencia, o de simples observaciones de la vida cotidiana, son reglas de la vida y de la cultura general formadas por inducción. Estas máximas de experiencia no precisan ser probadas por ser un conocimiento común de lo que generalmente acontece, y por tanto el juez tiene la facultad de integrarlas, al ser parte de su experiencia de vida, a las normas jurídicas adecuadas para resolver la controversia."

SCC 19-05-05, dec. Nº 3721:

"En sentencia N° 20304 de fecha 11 de agosto de 2000, caso Humberto Contreras Morales c/ Jorge Joaquín Ribeiro Bertao, esta Sala señaló que "... Conforme a la doctrina de la Sala, las máximas de experiencia son conocimientos normativos que pertenecen a la conciencia de un determinado grupo de personas, espacio o ambiente; en fin, son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos posteriores de cuya observación se han incluido y que, por encima de esos casos, pretendan tener validez para otros nuevos ...".

Artículo 13

El Juez decidirá el fondo de la causa con arreglo a la equidad, cuando las partes, de común acuerdo, así lo soliciten y la controversia se refiera a derechos disponibles.

El compromiso de equidad

Regula esta disposición legal la equidad *ope conventionis;* es decir, cuando las partes de común acuerdo han pedido al juez que juzgue según equidad Henríquez (1995, I, 74)

Así como la sujeción a la ley no implica apartarse de la equidad, pues es de la esencia de la función judicial hacer justicia en el caso concreto, la decisión de equidad no implica necesariamente apartarse de la ley, porque ésta contiene, en germen, la definición de lo que es justo en una sociedad determinada.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece en su preámbulo que Venezuela se constituye en un estado de justicia, y en el artículo 2 precisa que se trata de un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia; es decir, de justicia dentro del derecho y de derecho siempre dentro de la justicia; por consiguiente, la autorización para apartarse del derecho, sólo puede entenderse válida en aquellos casos en los cuales la estricta solución legal conduzca a resultados injustos:

"Tras el conocido aforismo ***dura lex, sed lex*** *–la ley es dura, pero es la ley– se esconde un error de interpretación o de integración de la norma jurídica, pues la ley no es dura sino justa; y si su aplicación, que no debe ser mecánica sino razonada, conduce a resultados injustos, deberá el juez examinar la interpretación que hace y confrontarla con el resto del ordenamiento jurídico, y muy especialmente con los derechos humanos, los cuales no son sólo los enumerados en la Constitución, pues la formulación de los derechos del hombre en el texto constitucional "no debe entenderse*

como negación de otros que, siendo inherentes a la naturaleza humana, no figuren expresamente en ella". (MEJÍA 1992, 72)

Si se concluye en que la ley injusta es inconstitucional y debe ser desaplicada, puede pensarse en la inocuidad de la autorización de las partes para decidir conforme a la equidad, puesto que el juez siempre debe decidir con apego a la justicia individual y colectiva. Evidentemente no es así, la legalidad de la decisión de equidad no es controlable por la casación, ni esta legalidad se discutirá, como tal, en apelación; es decir, el juez al decidir equitativamente no necesariamente se aparta de la ley, pero su apego a ésta no será objeto de discusión formal. Sin embargo, estará sujeto a los principios y reglas constitucionales, cuya aplicación es controlable en sede constitucional.

Explica RENGEL-ROMBERG (1991, I, 77-78) que en la jurisdicción de equidad el juez para crear los condicionamientos concretos que le den significación jurídica a las conductas de los sujetos que intervienen en el proceso, no tiene que basarse en otros condicionamientos superiores, generales y abstractos contenidos en normas previamente creadas por el legislador:

"Sin embargo, la decisión que debe dictar el juez según la equidad, no lo autoriza para obrar a su arbitrio, o según su capricho. La equidad no significa el capricho o arbitrio del juez. […]

…el juez que juzga según equidad, si bien no tiene que fundar su decisión en una norma positiva general dictada por el legislador, debe en cambio fundarla en los criterios generales de equidad, vigentes en la conciencia del pueblo en el momento en que dicta su fallo, en tal forma que su decisión no aparezca como el producto del arbitrio o del capricho, sino con la fuerza de convicción que le viene dada, objetivamente, de esa norma general de equidad, que vive y palpita en la conciencia general y que ahora es revelada exteriormente por el juez en su sentencia."

Es posible añadir, sin contrariar el criterio citado, que en nuestro sistema la Constitución recoge los criterios generales de equidad, vigentes en la conciencia del pueblo en el momento en que se promulga, principios que la jurisdicción mantiene al día mediante la interpretación de las reglas constitucionales; sin embargo:

La mutación expresa así, los cambios en los principios básicos de la sociedad y tiene por tanto, un sentido dinámico, con el que pretende significar que la realidad social es mutable, y que por tanto, las normas han de adaptarse al tiempo en que han de ser aplicadas. Ahora bien, mutación y cambio entendidos como evolución social, no permiten en sí mismos, la desnaturalización de los contenidos materiales de la Constitución, de modo que el pacto social pueda quedar desvirtuado, y no responda con una mínima aproximación a las expectativas sociales de las fuerzas políticas que la acordaron. Así pues, la mutación tiene unos límites, por encima de los cuales hablamos de pérdida de vigencia del pacto social. (Balaguer 1997, 34)

El juicio de equidad puede definirse como la autorización que tiene el juez para producir derecho más allá de todo límite material impuesto por las normas superiores. En nuestros ordenamientos este tipo de autorización es muy raro. En los ordenamientos en que el poder creador del juez es más amplio, el juicio de equidad es no obstante excepcional. En estos casos, los límites materiales del poder normativo del juez no se derivan de la ley escrita, pero sí de otras fuentes superiores, como pueden ser la costumbre o bien el precedente judicial. (Bobbio 1999, 167)

Medios alternativos para la solución de conflictos

En la práctica, la autorización de las partes al juez para que decida conforme a la equidad, sin sujeción formal al ordenamiento jurídico, es más que excepcional y podríamos escudriñar nuestra jurisprudencia sin encontrar ningún caso. Mucho mayor interés práctico, en cuanto a la posibilidad de decisiones de equidad tiene el desarrollo del artículo 258 de la Constitución:

"La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley.

La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos."

Al respecto, la Ley de Ley Orgánica de la Justicia de Paz, cuyas normas preexisten a la Constitución Bolivariana, establece en su artículo 3 que los Jueces de Paz procurarán la solución de los conflictos y controversias por medio de la conciliación; y cuando ello no fuere posible, dichos conflictos y controversias se resolverán con arreglo a la equidad, *salvo que la Ley imponga una solución de derecho. Los Jueces de Paz también resolverán conforme a la equidad cuando así lo soliciten expresamente las partes.*

La frase "*salvo que la Ley imponga una solución de derecho*" deja fuera las reglas de orden público, solución acorde con el artículo 13 comentado, y el artículo 8 de la misma Ley, establece con mayor precisión:

Los Jueces de Paz son competentes para conocer por vía de equidad:

De todos aquellos conflictos y controversias sobre hechos que se deriven de la vida en comunidad vecinal y cuyo conocimiento no haya sido asignado a Tribunales de jurisdicción especial. En los casos de conflictos y controversias de contenido patrimonial, sólo conocerán de aquellos cuya cuantía no exceda de cuatro (4) salarios mínimos mensuales, siempre y cuando no se supere la cuantía máxima atribuida a los Tribunales ordinarios.

Del abuso en la corrección, la violencia y el maltrato familiar, así como de conflictos y controversias propias de la vida en familia que afecten la vida en comunidad, con la excepción de aquellos referidos al estado y la capacidad de las personas. Cuando el juez de Paz considere que los hechos que le sean sometidos vulneran disposiciones legales cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción penal ordinaria o a jurisdicciones especiales, deberá remitir sus actuaciones al juez competente.

De los conflictos y controversias no patrimoniales, relativos a la convivencia entre vecinos en materia de arrendamiento y de propiedad horizontal, salvo aquellos asignados a tribunales especiales o autoridades administrativas.

De los conflictos y controversias entre vecinos derivados de la aplicación de ordenanzas relativas a la convivencia vecinal y familiar, con la

excepción de la materia urbanística y otras donde el cumplimiento esté sometido al control de los Tribunales de jurisdicción ordinaria, especial o contencioso-administrativa.

De aquellos conflictos y controversias que las partes le hayan confiado para decidir con arreglo al procedimiento de equidad.

Otro campo fértil para la aplicación de la equidad es el arbitraje y en general los medios alternativos de resolución de conflictos. En tal sentido la Ley de Arbitraje Comercial, en su artículo 8º, establece la posibilidad de que las partes puedan elegir árbitros de equidad.

Derechos disponibles

La disposición legal sujeta la posibilidad de sumisión a la decisión de equidad, a que la controversia se refiera a derechos disponibles.

"Son disponibles los derechos subjetivos que se dejan al poder de disposición del sujeto, o sea aquellos respecto de los cuales al sujeto le está permitido deshacerse (transferir, renunciar) a su voluntad (ejemplo, derechos patrimoniales en general); indisponibles, son aquellos que se sustraen al poder dispositivo del sujeto y que, por consiguiente, sería inútil que el sujeto intentara transferir a otro, de la misma manera que sería inútil que intentara renunciar a ellos: en general, separarlos de la propia persona (ejemplos, derechos de la personalidad y de familia), mediante actos, provenientes de él, denominados de disposición.

[…]

En relación al concepto de derecho indisponible, se perfila el de vínculo (legal o convencional) de indisponibilidad en fuerza del cual, el objeto de un derecho (bienes dotales, bienes a aportar a la masa, etc.), del que el sujeto podría disponer, se hace indisponible, con el efecto de la falta de validez del eventual acto de disposición sobre él.

Adviértase, además, que también de un derecho disponible cabe que el sujeto no pueda disponer; ocurre esto cuando el sujeto está desprovisto de la correspondiente capacidad (de disponer) en tal caso, sin embargo,

del derecho podrá disponer –en vez de él y en interés de él– quien supla la incapacidad de obrar del sujeto en cuestión (representante legal)." (MESSINEO 1979, II, 25).

Siguiendo la doctrina citada, perfectamente aplicable a la legislación venezolana, serán disponibles los derechos y bienes que están en el comercio, los cuales el sujeto que acuerda el juicio de equidad puede negociar libremente. En tal sentido conviene precisar que no sólo los derechos de la personalidad estarían excluidos, sino cualesquiera otros derechos que la legislación impida el compromiso, tales como los derechos laborales irrenunciables.

Puede suceder que tratándose de bienes esencialmente disponibles, el sujeto no pueda disponer de ellos en virtud de un vínculo, por ejemplo, los bienes de la comunidad conyugal. Tratándose de bienes pertenecientes a una persona jurídica, quien comprometa en árbitros debe ser el órgano capaz de enajenar y gravar los bienes y derechos inmiscuidos en la controversia que se sujete al juicio de equidad.

Por último, se requerirá además capacidad de ejercicio del sujeto que compromete. Si se trata de un apoderado, deberá tener facultad expresa para solicitar la decisión según la equidad, y obviamente quien otorgue el poder deberá ostentar dicha capacidad.

JURISPRUDENCIA

SCon 7-8-01, dec. Nº 1393:

Ahora bien, los Tribunales que ejercen la jurisdicción venezolana así sean parte de la justicia alternativa en la forma señalada, imperativamente les corresponde la obligación de asegurar la integridad de la Constitución, así se trate de una justicia alternativa de equidad (artículo 334 constitucional que no hace diferencias), y en ese sentido, el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional, como garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, y como máximo y último intérprete de la Constitución, velará porque todos los órganos jurisdiccionales interpreten uniformemente y apliquen la Constitución, por lo que las interpretaciones vinculantes de la Sala Constitucional sobre el contenido y alcance de las normas y principios constitucionales, deberán ser aplicados por todos los órganos (ordinarios o alternativos, estos últimos en todos sus variantes) que produzcan actos

jurisdiccionales ejecutables en el país. Caso de no ser así y no adaptarse al sistema constitucional venezolano, ellos, por inconstitucionales, se harán inejecutables, por tratarse de una cuestión atinente a la independencia y soberanía de la nación, y a la protección de la Constitución.

SCC 11-10-00, dec. 332:

En relación con la denuncia del artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, el autor Ricardo E. La Roche considera que el mismo está referido a una jurisdicción de equidad, en la que se exime al juez de atenerse al principio de legalidad que consagra el artículo 12 ibídem, pues esta clase de jurisdicción consiste en que el juez, para crear los condicionamientos concretos que le den significación jurídica a la conducta de los sujetos que intervienen en el proceso, no tienen que pasearse en otros condicionamientos superiores, generales y abstractos contenidos en normas previamente creadas por el legislador, sino que debe basarse en su conciencia o, como se dice, en su sentimiento de equidad.

En el caso de autos se observa que el mismo no es llevado por una jurisdicción de equidad, a través de árbitros o arbitradores, tal como lo dispone artículo 618 del Código de Procedimiento Civil, cuyo objetivo es administrar justicia, aplicando como fundamento de la decisión del juzgador, criterios establecidos en la conciencia del hombre común; sino que por el contrario, es un juicio que está plenamente apegado al principio de legalidad, motivo por el cual no tiene por qué aplicarse el artículo 13 del Código de Procedimiento Civil, pues de ser así, esta sentencia no tendría el recurso extraordinario de casación, de acuerdo con el criterio de la Sala establecido en sentencia de fecha 10 de junio de 1999 (Nancy de Alemán César García Camperos).

Artículo 14

El Juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal. Cuando esté paralizada, el Juez debe fijar un término para su reanudación que no podrá ser menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados.

La actividad de dirimir conflictos y decidir controversias es uno de los fines primarios del Estado. Sin esa función, que se actúa a través del proceso, el Estado no se concibe como tal. La función jurisdiccional, ejercida en el proceso a través de la sentencia de cosa juzgada impugnable y coercible, asegura la necesaria continuidad del derecho objetivo, declarando su contenido y haciéndolo cumplir. El derecho objetivo a su vez es un medio de acceso a los valores fundamentales de justicia, paz, orden, seguridad. He aquí la función pública del proceso y la razón por la cual su conducción no puede quedar atenida a la iniciativa privada. (Henriquez La Roche 1995, I, 79)

Explica la relación del Ministro Guardasellos que sirve de exposición de motivos al Código de Procedimiento Civil italiano (Relación Grandi, en Redenti 1957, III, 191) que, aun siendo la relación controvertida de puro derecho privado, el juez debe estar provisto de todos los poderes ordenatorios y disciplinarios indispensables para que el proceso no detenga el paso ni se desvíe: debe ser su director y propulsor. "*Libres serán las partes para proponer el thema decidendum; pero los medios y el ritmo para decidir pronto y bien, sobre el tema propuesto, es al juez a quien corresponde determinarlos*".

Dirección formal y material del proceso

Estas facultades de *dirección del proceso,* explica Reimundin, consisten en poderes de dirección formal, dirigidos a la buena marcha externa del proceso, y poderes de dirección material, establecidos para obtener

una mayor economía y, en algunos casos, responden a la necesidad de evitar sentencias contradictorias o que una sentencia se pronuncie inútilmente.

"Las manifestaciones más características de los poderes de dirección material son la acumulación de procesos; la integración de la relación procesal, pues de lo contrario el proceso conducirla a una sentencia que se pronunciaría inútilmente, verbigracia, cuando se pretende la declaración de ser simulado un acto jurídico y sólo se demanda a uno de los contratantes; igualmente cuando el juez dispone cualquier diligencia para evitar la nulidad del procedimiento." (REIMUNDIN 1958, 900-902)

En el sistema venezolano, el juez sólo excepcionalmente puede integrar el contradictorio, tal es el caso de la citación del tercero poseedor en el procedimiento de ejecución de hipoteca, porque al no haber demanda no puede incluir en la sentencia a terceros sin pecar de incongruente.

IMPULSO Y CARGA DE INSTAR

Es necesario distinguir entre el impulso de oficio del proceso y la carga que tienen las partes de instar su prosecución, tal como lo hace ORTIZ-ORTIZ (2003, 152) quien entiende por impulso procesal aquella actividad que tiende a hacer avanzar el proceso a través de cada uno de los momentos de tiempo, trámites, períodos, fases, que lo componen, impulso que tiene dos sentidos diferentes: *a) el impulso que da el juez en virtud de un deber impuesto por la ley; y b) el impulso que debe dar la parte, en razón de su interés, que se denomina instancia. Es evidente que el juez "carece de instancia" aunque tenga el deber de impulso.*

"La dirección del proceso es independiente del deber de impulso a cargo de las partes, quienes tienen la carga procesal de instar en el proceso para lograr el cumplimiento de las fases necesarias para obtener la sentencia definitiva; el incumplimiento de tales cargas genera, como perjuicio en el propio interés, la perención de la instancia. Ahora bien, el principio de la dirección formal del proceso se inspira en la valoración del interés público y social que se desprende de cualquier proceso judicial." (Idem, 471)

Facultades de impulso del juez venezolano

La perención de la instancia, que pone fin a un proceso en el cual las partes han perdido interés, o al menos han sido negligentes y no han cumplido con la carga de instar su continuación, es declarada aun de oficio por el juez. Es también manifestación de la dirección del proceso la facultad del juez de negar la admisión de la demanda si es contraria a las buenas costumbres, al orden público o la ley prohíbe la pretensión, o en algunos casos cuando no está acompañada por las pruebas escritas que exige la ley. Incluso en materia de ejecución de hipoteca, el juez puede de oficio, para admitir la demanda y acordar la intimación del deudor y del tercero, examinar si el documento acompañado a la demanda está o no registrado, si las obligaciones son o no de plazo vencido, si no ha transcurrido el lapso de prescripción o si las obligaciones están o no condicionadas; todo ello sin esperar a que el deudor o tercero intimados opongan defensa alguna.

"En los casos en los cuales el juez examina de oficio los requisitos y presupuestos de la demanda, ciertamente que está supliendo, sin lugar a dudas, la actividad defensiva del demandado al objeto de sanear el proceso y así evitar que resulte ilegítimo e inútil. Además, esas facultades restringen la posibilidad de que las partes demoren el proceso con trámites incidentales previos, porque a través de tales mecanismos de examen ***in limine litis*** *y de oficio, se evitan las dilaciones y que se ejerza inútilmente la función jurisdiccional.* (Duque Corredor 2000, 68)

Cabe añadir que se trata de facultades de impulso material del proceso, a las cuales se añaden las siguientes: los jueces pueden declarar impertinente una posición jurada y liberar al absolvente de contestarla en el mismo acto de posiciones (artículo 410); promover de oficio una experticia (artículos 451 y 455); practicar de oficio una inspección judicial (artículo 472); declarar terminado el interrogatorio de un testigo por considerarlo suficiente (artículo 485, último aparte) y también disponer que se levanten planos, se hagan calcos y se saquen copias, aun fotográficas, de objetos, documentos y lugares, reproducciones cinematográficas o de otra especie que requieran el empleo de medios mecánicos; la reconstrucción de hechos y usar medios científicos (artículos 502, 503 y 504). Además, en

los casos de las declaraciones de las partes, posiciones juradas, declaraciones de testigos e inspecciones judiciales, los jueces pueden ordenar que se tomen utilizando algún medio técnico de reproducción o grabación del acto y no mediante acta escrita (artículos 189 y 475).

"Además de las facultades probatorias antes mencionadas, el juez después de la instrucción de la causa y una vez concluida; pero antes de los informes, todavía puede de oficio hacer comparecer a cualquiera de los litigantes para interrogarlo libremente, sin juramento; exigir la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso; hacer comparecer a algún testigo, que habiendo sido promovido por las partes no haya declarado oportunamente, o de cualquier otro testigo que no haya sido promovido por aquéllas; pero que aparezca mencionado en alguna otra prueba o en cualquier acto procesal de las partes; ordenar que se practiquen inspecciones judiciales en algún lugar y que se formen croquis o que se hagan certificaciones de algunas actas, o que se lleve a cabo alguna experticia sobre los puntos que determine el Tribunal o que se amplíe o aclare alguna que existiere en autos (artículo 401). E incluso después de presentados los informes, aún los jueces pueden usar esta facultad para dictar autos para mejor proveer, disponiendo la comparecencia de los litigantes, la presentación de algún instrumento, la práctica de inspecciones judiciales o de experticias (artículo 514).

[…]

Finalmente, la casación de oficio, tal como se contiene en el aparte 5º del artículo 320, que permite a la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, «hacer un pronunciamiento expreso, para casar el fallo recurrido en base a las infracciones de orden público y constitucionales que encontrare, aunque no se las haya denunciado», es otra manifestación del principio del impulso procesal de oficio a que se refiere el artículo 14 eiusdem. (DUQUE CORREDOR 2000, 69)

En conclusión, el juez venezolano, además de realizar de oficio los actos formales de impulso del proceso, tiene poderes de intervención material para lograr que se alcance el fin de una justa y pronta resolución de la controversia.

Jurisprudencia

SCC 20-7-05, dec. 474:

Es de impretermitible observancia, que cuando un juez distinto al que venía conociendo el mérito hasta el acto de informes, sea el encargado de dictar la decisión sobre el asunto; tal abocamiento conste en autos, pues el mundo para las partes como para el juez lo constituyen las actas que integran el expediente y lo que está fuera de él, es como si no existiera…

El incumplimiento de esa formalidad acarrea que las partes, al no enterarse del cambio del funcionario, se vean impedidas de proponer contra él la recusación, si hubiese lugar a ello. Lo aquí expuesto lleva a la lógica conclusión, de que al no constar en autos el abocamiento de un nuevo juez del conocimiento, priva a las partes del ejercicio de su derecho

De acuerdo con la doctrina antes señalada, es menester que el nuevo juez que se incorpore al proceso dicte expresamente un auto de abocamiento abocamiento, y si fuera el caso, deberá notificar a las partes del mismo con la finalidad de que éstas puedan controlar su capacidad subjetiva a través del mecanismo de la recusación.

En tal sentido, ***esta Sala considera apropiado señalar que la notificación del abocamiento no es necesaria si la incorporación del nuevo juez ocurre antes de vencerse el lapso natural de sentencia y su única prórroga, pues en este caso tiene plena vigencia el principio de que las partes se encuentran a derecho, consagrado en el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil, y por ello se presume, antes que la causa quede en suspenso y se desactive este principio, que los litigantes están enterados de lo que acontece en los autos****.*

(…Omissis…)

Adicionalmente, esta Sala amplia la citada doctrina en los términos que a continuación se explanarán, la cual será aplicable en los recursos admitidos a partir del día siguiente a la publicación de este fallo:

• Para que prospere la denuncia de indefensión ante esta Sala el formalizante deberá:

a) Indicar la causal de recusación que no pudo proponer contra el juez, bien por falta de abocamientoabocamiento expreso, o por no haberse notificado a las partes de dicho abocamientoabocamiento.

b) Que las partes no hayan consentido tácitamente la falta de abocamiento abocamiento o la ausencia de notificación del abocamiento abocamiento, es decir, el recurrente en la primera oportunidad en que se hizo presente en autos debe haber denunciado la anomalía...”. (Negritas y subrayado de la Sala)

SPA 21-04-04, dec. Nº 377:

“La norma antes transcrita establece el llamado principio de dirección, en el cual el Juez se erige como ordenador del proceso, este deber lo obliga a impulsar el proceso y velar por el mantenimiento del orden procesal aún de oficio, hasta su conclusión.”

SCon 22-06-01, dec. Nº 1089:

"[…] es a través del proceso que no sólo se hace valer el derecho objetivo como medio de acceso a los valores fundamentales de justicia, sino mediante el cual el Estado ejerce la función jurisdiccional, lo que caracteriza la función pública del proceso.

De tal manera que, una vez iniciado el proceso, éste no es un asunto de exclusividad de las partes, pues al ejercitarse la función jurisdiccional se está en presencia también del interés público. […]

De tal modo, que es en el pronto desarrollo del proceso y en la realización del orden jurídico que no se concibe la figura del juzgador como un mero espectador ante un debate en el cual se compromete una de las funciones primordiales del Estado (jurisdiccional); antes por el contrario, el juzgador es el director del proceso y es en esta función en la que le corresponde impulsar el mismo, mediante la formación progresiva del procedimiento como fase externa de aquel, a través de su intervención o dirección tendente a obtener la mayor cercanía posible de la averiguación de la verdad material de los hechos, ya que, si se dejara a merced de las partes la labor de indagar la verdad del objeto de la controversia, éstas tan sólo lo harían dentro de los parámetros que más convengan a sus respectivos intereses.

En ejercicio de esta función rectora del Juez en el proceso y, en acatamiento del principio procesal de inmediación para la mejor búsqueda de la verdad material, le es permisible al juzgador realizar diligencias para un mejor proveer, esto es, ordenar de oficio la práctica de las diligencias que considere pertinentes y necesarias para el esclarecimiento de la controversia."

SPA 24-10-00, dec. Nº 02045:

"Al respecto, considera esta Sala que, más que tener la facultad, los Jueces están en la obligación de corregir las faltas o errores que se hayan producido en los actos procesales.

En efecto, conforme a lo establecido en los artículos 2, 3, 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el Estado debe garantizar una justicia sin dilaciones indebidas, sin formalismos y reposiciones inútiles a fin de que ésta –la justicia– pueda ser accesible, idónea, transparente y expedita.

Asimismo, conforme al artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, el Juez es el director del proceso, lo que de acuerdo a las normas constitucionales señaladas con anterioridad, lo hace en atención a un estado de Derecho y de Justicia, cuyo objetivo fundamental es la búsqueda de la verdad. Esta actuación del Juez debe hacerse en concordancia con lo establecido en los valores que dimanan del texto constitucional en relación al carácter prevalente de la justicia por sobre las formalidades no esenciales (artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y, en razón de ello, sin prejuzgar sobre la extemporaneidad, esta Sala procede a corregir los errores materiales […]."

SCC 27-4-04, dec. Nº 322:

"En este sentido, la Sala en sentencia No. 131 de fecha 7 de marzo de 2002, caso: Jorge Pabón contra Almacenadora Caracas, S.A. precisó los puntos referentes al aboca-

miento y la declaratoria de reposición por el incumplimiento de la notificación de ese acto procesal, los cuales son:

- *El nuevo juez que deba conocer de la causa deberá avocarse a la misma, mediante auto expreso.*
- *Si el abocamiento del juez ocurre dentro del lapso de sentencia y su prórroga, no será necesario notificar a las partes al respecto, en virtud del principio de que ellas se encuentran a derecho.*
- *Si el abocamiento ocurre después de vencido el lapso para sentenciar y su prórroga, el nuevo juez deberá notificar a las partes de su abocamiento, para que éstas tengan la oportunidad de controlar la capacidad subjetiva del sentenciador a través de la figura de la recusación, si ello es necesario.*
- *En todo caso, la parte debe indicar la causal de recusación que no pudo prosperar contra el juez, bien por falta de abocamiento expreso, o por no haberse notificado a las partes de dicho abocamiento, siempre que no haya consentido tácitamente la falta de abocamiento o la ausencia de notificación del mismo, es decir, el recurrente en la primera oportunidad en que se hizo presente en autos debe haber denunciado la anomalía.*

De acuerdo con lo antes expuesto, la Sala precisa que la notificación de las partes respecto del abocamiento para el conocimiento de la causa por parte del nuevo juez, persigue que las mismas puedan recusarlo con fundamento en alguna de las causales previstas en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil. Dicha notificación sólo procede cuando el abocamiento se produce una vez vencido el lapso para sentenciar y su prórroga, y sólo determina la reposición de la causa si la parte no ha convalidado el incumplimiento de esa forma procesal y haya indicado la causal de recusación.

SCC 16-2-01, dec. Nº 27:

"A este respecto, la Sala observa, que en efecto dichos pronunciamientos, se han producido, estando la causa paralizada desde el día 02 de marzo de 1999, sin que en las actas procesales aparezca de forma expresa la notificación de las partes, la cual el juez suplente ha debido acordar, en garantía del derecho de defensa. De igual manera se evidencia la irregularidad de acordar el diferimiento y luego proceder a avocarse, fuera de todo orden lógico procesal.

En todo caso es manifiesto que con la falta de notificación el juez que dictó la sentencia recurrida, conculcó el derecho de defensa de las partes, privándolas de conocer de antemano quién era el juez sentenciador sin poder ejercer su derecho de recusarlo, toda vez que estando la causa paralizada, ha debido notificarlas para reanudar el curso de la misma."

SCC 19-7-00, dec. 231:

"La Sala considera que la incertidumbre que la emergencia judicial creo en el ámbito judicial y entre las partes que seguían el presente proceso ante el Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Región Centro Occidental, cuyo juez fue suspendido, obligaba al Juzgado Superior Segundo en lo Civil, Mercantil y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, a practicar la notificación de

las partes luego de haber recibido dicho expediente, deber que éste debía cumplir en virtud de la formalidad procesal establecida en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, la cual tiene por fin garantizar a las partes sus derechos fundamentales como lo son el debido proceso y el derecho a la defensa, consagrados en los artículos 49 de la Constitución y 15 del Código de Procedimiento Civil.

En el caso de autos, no consta de las actas del expediente que el Juez de alzada notificara a las partes sobre la nueva redistribución de la presente causa, por lo que omitió una forma sustancial como es la referida a la notificación para la continuación del juicio. Esta omisión impidió al recurrente efectuar los actos procesales previstos por la ley en esa instancia, pues al desconocer que la causa estaba siendo conocida por un tribunal distinto del juzgado a quien originalmente le correspondió el conocimiento de ella, limitó y menoscabó su derecho de defensa."

SCC 31-7-01, dec. Nº 202:

"Con relación al lapso establecido en el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, esta Sala de Casación Civil, en su fallo de 18 de diciembre de 1990, caso Lina Salazar Flores contra Lucas Rodríguez Cid, sentencia N° 401, expediente Nº 89-483, estableció:

"...El artículo 14, a juicio de la Sala, consagra un principio esencial en el moderno derecho procesal: el Juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión. Y agrega una disposición especial en los casos de causas paralizadas, como es la obligación de fijar un término, para su reanudación, que no podrá ser menor de diez días de notificadas las partes o sus apoderados. (...) En todo caso, para reanudar una causa paralizada, el Juez debe fijar un término no menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados..."

Ahora bien, en sentencia de 18 de noviembre de 1998, caso Noel Eduardo Cabanzo Vivas contra Urbanizadora Morichal, C.A., dec. Nº 894 expediente Nº 96-034 señaló:

"…Ahora bien, esta Sala de Casación Civil, en decisión de fecha 9 de agosto de 1995 (Caso Doris González contra Danzas Venezuela), con relación a la denuncia explanada, indicó:

(...OMISSIS...)

"Dicha notificación a las partes debe ser ordenada, de oficio, en el propio auto de abocamiento, en función a lo dispuesto en los artículos 14 y 233 del Código de Procedimiento Civil, con la advertencia de que después de notificadas, la causa continuará su curso de ley. De esta manera, se crea la oportunidad para que a las partes les nazca la ocasión tanto para allanar, si ha habido inhibición, o para recusar al Juez, conforme al artículo 90 eiusdem, y para que comience la oportunidad de ley para decretar el auto para mejor proveer, en un término perentorio de 15 días contados a partir de la mencionada notificación, por interpretación analógica del artículo 514 ibidem..."

(...OMISSIS...)

En aplicación de la doctrina supra transcrita al caso bajo estudio, la cual es vigente para el momento en que fue dictada la recurrida, se evidencia, que ciertamente, como aduce el formalizante, se le cercenó a éste su derecho de defensa...". (Negritas de la Sala).

En este mismo orden de ideas, la Sala, en sentencia de 25 de mayo de 2000, con ponencia del Magistrado quién suscribe, caso Antonio Alcalá Domínguez contra Francisco Antonio Alvarado y Carmen de Alvarado, expediente N° 99-175, sentencia N° 526, señaló:

"…Ahora bien, escudriñando las actas procesales, por efectos de la denuncia formulada, no evidencia la Sala, tal y como lo expone el recurrente, que se hubiese dejado correr el lapso de tres (3) días, concedidos a las partes a efectos de que, de ser procedente, ejerzan ellas su derecho a recusar al Juez que suscribe la sentencia.

Sobre el asunto aquí analizado, es oportuno transcribir el criterio sostenido por este Máximo Tribunal el cual es el que de seguidas se reproduce:

A partir de su sentencia del 9 de agosto de 1995 (Doris González contra Asociación Civil Danzas Venezuela) la Sala de manera sistemática ha sostenido que los jueces que dicten el fallo definitivo no tienen que haber estado presentes cuando se produzcan los informes de las partes, por cuanto esa causal de invalidación del juicio quedó eliminada en la reforma de 1986.

Asimismo, la Sala en sentencia del 7 de octubre de 1998 precisó que cuando se avoca un nuevo juez al proceso, la notificación de las partes para la reanudación del juicio sólo será procedente: "...en los casos de faltas absolutas o temporales del juez natural, o cuando se constituya el Tribunal Accidental de veinte causas, pero además se requiere que el abocamiento del nuevo juez se verifique con posterioridad al vencimiento del lapso de los sesenta días para sentenciar y de su diferimiento único"...

...La Sala en sentencia del 17 de junio de 1997 (Gerardo Antonio López Aular) señalo: abocamiento

'En consecuencia del 23 de octubre de 1996, se amplió y aclaró el criterio que hasta entonces había sostenido la Sala, en relación a la notificación a las partes por la incorporación de un nuevo juez para el conocimiento de una causa, al respecto se estableció:

En la presente oportunidad, la Sala estima necesario ampliar y aclarar la doctrina contenida en el referido fallo del 9 de agosto de 1995, y al respecto observa lo siguiente:

1) En todo caso de incorporación de un juez distinto al que recibió los informes, siempre que las partes estén a derecho, es decir, mientras el lapso para sentenciar o su prórroga no esté vencido, el sentenciador debe dejar transcurrir los tres días de despacho previstos en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, a los fines de salvaguardar el derecho que tienen las partes de recusar al nuevo juez o secretario. De no respetar este lapso, estaría violando el mencionado artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, vicio evidentemente censurable en casación, a través del menoscabo del derecho a la defensa....' " (Pierre Tapia, Oscar R., Repertorio Mensual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Tomo II, año 1999, págs. 806, 807 y 808)

Alega el recurrente el menoscabo de su derecho a la defensa, en razón a que el Juez Temporal, al avocarse al conocimiento del presente asunto, no efectuó las debidas notificaciones, a fin de que las partes tuviesen la oportunidad de ejercer su derecho a recusarlo.

En aplicación de la doctrina supra transcrita y del análisis realizado al caso bajo decisión, es necesario concluir que, ciertamente, como aduce el recurrente, al haberse avocado el juez temporal el 18 de enero de 1999 y dictado la sentencia el mismo día, impidió ejercer a las partes su derecho a recusarlo, de considerarlo procedente, hecho con el cual se violentó el orden público procesal y como consecuencia se conculcó el sagrado derecho a la defensa, de progenie constitucional; por lo que esta Sala, encuentra que con su conducta el Juez Temporal del Tribunal Superior, (...) infringió los artículos 15, 90 y 211 del Código de Procedimiento Civil, así como el artículo 49 de la Constitución Bolivariana de Venezuela (68 y 69 de la Constitución derogada), por lo que, la Sala declarará procedente, en la dispositiva del presente fallo, la delación analizada. Así también se declara...”

Ahora bien, del estudio de las actas del expediente y de las doctrinas anteriormente transcritas se desprende, que el ad-quem tuvo conocimiento del juicio con posterioridad a los informes de las partes; que éstas se dieron por notificadas del abocamiento del nuevo Juez; que el sentenciador de alzada, en su auto de fecha 27 de marzo de 2000, y a tenor de lo previsto en el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil, estableció el lapso de diez (10) días calendarios para la reanudación del juicio, el cual venció el día jueves 6 de abril del mismo año y, por último, que inmediatamente después del citado auto, corre inserta la sentencia recurrida dictada el lunes 10 del mismo mes y año, razón por la cual no consta en autos que el Juez de Segundo Grado, haya establecido o respetado el lapso de tres (3) días para ejercer el derecho a recusarlo, estipulado en el artículo 90 ejusdem, dado que las fechas señaladas por los impugnantes, fueron con anterioridad al auto de 27 citado, donde se estableció la reanudación de la causa.

Artículo 15

Los Jueces garantizarán el derecho de defensa, y mantendrán a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades y en los privativos de cada una, las mantendrán respectivamente, según lo acuerde la ley a la diversa condición que tengan en el juicio, sin que puedan permitir ni permitirse ellos extralimitaciones de ningún género.

El artículo 15 del Código de Procedimiento Civil venezolano contiene dos garantías estrechamente relacionadas: la defensa en el proceso y la garantía de igualdad o *equilibrio procesal.* De acuerdo con Pesci-Feltri (2000, 45) la Constitución garantiza la igualdad de todos los ciudadanos frente a la ley, igualdad que en el proceso se traduce en la posibilidad para todos los ciudadanos de dirigirse al órgano jurisdiccional para pretender la observancia de su derecho y la igualdad durante la pendencia de la litis, por lo que se refiere a la oportunidad y a la manera de hacerla valer.

La igualdad en el proceso, además de ser expresión de la igualdad ante la ley, es garantía de buen decidir. Oyendo a ambas partes y proporcionándole todas las oportunidades de desplegar su actividad en el proceso, se podrá obtener con mayor probabilidad, la verdad y la justicia.

El artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela establece, como parte de la garantía del debido proceso legal, que *La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso*. Esta disposición, en unión de la garantía de igualdad ante la ley –artículo 21 constitucional– se desarrolla en la regla procesal comentada, con la finalidad de permitir se alcance el propósito constitucional: *El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia*.

Para CAROCCA (1998, 14) la defensa está íntimamente ligada a la posibilidad de acción, de actuación en pos de la tutela de un interés que el sujeto considera digno de protección, *pero con la esencial característica de que no se trata de una acción espontánea, sino motivada por la actuación previa de otro, que ha tomado la iniciativa*, es decir, que se ha comportado como agresor.

"Por eso, si la nota diferencial entre una actuación que puede calificarse de defensiva y otra que no lo es, consiste en el carácter reactivo de la primera, pero ambas concurriendo en el mismo plano de actuación, en principio no resultará apropiado denominar «defensa» a la actuación del sujeto que acude voluntaria o espontáneamente –es decir, que demanda, en términos de Derecho Procesal Civil–."

El término tutela comprende los derechos a la iniciativa procesal y a la defensa. Este último, sólo puede referirse a la actividad procesal que desarrolla una persona, primero, como reacción ante una demanda y, luego, ante cualquier actividad procesal de la otra parte que afecte o pueda llegar a afectar sus intereses en el transcurso de un juicio ya iniciado. (Idem, 16)

BILATERALIDAD DEL DERECHO A LA DEFENSA

Bajo el criterio delimitador de ataques y defensas, las iniciativas procesales "agresivas" constituyen sucesivas acciones en el curso del proceso, en tanto que la "reacción" ante el ataque, es defensa.

Si se entiende, por el contrario, que el derecho de acción se ejerce con la demanda e impulsa el proceso hasta su conclusión, la delimitación no es tan clara. Se considerará negación del derecho a acceder a la justicia la inadmisión ilegal de un recurso, porque desde esta perspectiva se considera como un bloque de derechos el acceso a la justicia, que incluye el principio *pro actione*, la tutela judicial efectiva y el derecho a la defensa.

"(...) el juez puede constatar el incumplimiento de alguna formalidad y desestimar o inadmitir la pretensión de alguna de las partes, sin que ello se traduzca, en principio, en una violación al derecho a la tutela judicial

efectiva, ya que esas formalidades han sido establecidas como una protección de la integridad objetiva del procedimiento.

Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida, c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.

Solamente cuando el juez haya verificado que no se cumpla con los elementos antes descritos es que debe contraponer el incumplimiento de la formalidad con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, específicamente de acceso a la justicia, para desechar o inadmitir la pretensión del justiciable y en caso de dudas interpretarse a favor del accionante, ello en cumplimiento del principio pro actione" (SCC 7-3-02, dec. N° 389)

Bajo uno u otro criterio, el derecho a la defensa pertenece a ambas partes en el proceso, y sólo a las partes; por tanto, no puede un tercero que no ha intervenido por alguno de los modos previstos en la ley, aducir violación de este derecho en los límites del artículo 15 del Código de Procedimiento Civil.

Contenido del derecho a la defensa

La estrecha relación entre el derecho a la acción y el derecho a la defensa genera dos puntos de vista aparentemente contradictorios: por una parte, la contraposición ataque-defensa; y por la otra, la existencia de un bloque de derechos, que se comprenden dentro de la defensa en juicio.

Para Henriquez La Roche, la determinación de los límites objetivos del derecho a la defensa derivan de la norma constitucional y el artículo 15 comentado, que lo entienden en forma amplia, no sólo como el derecho a contradecir que tiene el demandado, o como las posibilidades procesales que éste tiene de adversar la pretensión deducida en su contra, sino también como las que corresponden en el proceso al actor, y

el mismo acceso al proceso, para el reconocimiento y satisfacción de sus créditos o derechos reales. "*En este sentido, la defensa se manifiesta en la posibilidad de acudir a los órganos de la administración de justicia, tanto jurisdiccional como administrativa, para dilucidar las controversias entre las partes formulando los respectivos alegatos, promoviendo las pruebas en respaldo de la respectiva oposición, y que el órgano resuelva expresamente el asunto controvertido; y también debe entenderse en el hecho de que el sujeto beneficiado por la decisión judicial o administrativa, pueda obtener la satisfacción material mediante la ejecución*." (1995, I, 87)

Es decir, identifica el derecho a la defensa con el debido proceso legal. En efecto, el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, expresa:

"El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas; en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.

5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.

7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.

8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas."

No obstante que conceptualmente es posible e incluso útil la diferencia entre ataque y defensa, y así se distingue en diversas diposiciones; entre éstas, en el artículo 170 CPC: "*Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud, deberán: […] 2° No interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos*"; las disposiciones legales de protección de la defensa dirigen la interpretación hacia el concepto unitario del bloque de derechos.

En tal sentido, el artículo 313 del Código de Procedimiento Civil que establece las causales de procedencia de la casación, señala: "*Se declarará con lugar el recurso de casación:* [aparte] *1° Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho a la defensa*".

Procederá la casación del fallo, dentro de los límites del recurso, por infracción de cualquiera de los derechos comprendidos dentro del bloque de protección a la defensa, entendida ésta en el sentido amplio.

Dentro de la concepción unitaria del bloque de derechos, de los preceptos del artículo 49 constitucional, pueden considerarse especialmente

relacionados con el artículo 15 comentado, aquellos que se refieren a la actuación de las partes en el proceso: el derecho a defenderse de demandas o imputaciones, e incluso durante el curso de investigaciones, judiciales, policiales o administrativas; el derecho a una asistencia jurídica eficaz, estrechamente relacionado con la prestación del servicio por el Estado para quien no cuente con los medios económicos para obtenerla; el derecho a ser oído en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías; el derecho a ser notificado con suficiente tiempo y con la expresión de los medios de defensa a su alcance; el derecho de acceso a las pruebas y a la regularidad de las mismas; y el derecho a los recursos contra los fallos desfavorables, en las condiciones legales; en tanto que sólo indirectamente guardan relación con el derecho a la defensa en los límites de la disposición comentada, aquellos derechos que constituyen límite para la decisión judicial, tales como la presunción de inocencia o el principio de legalidad de la pena.

La determinación constitucional del debido proceso está muy influida por las enseñanzas de Eduardo Couture, quien, sin embargo, maneja un concepto más específico:

"*El principio de igualdad domina el proceso civil. Ese principio es, a su vez, una manifestación particular del principio de igualdad de los individuos ante la ley. Su fórmula se resume en el precepto ya mencionado audiatur altera pars (óigase a la otra parte).*

[…]

a) la demanda debe ser necesariamente comunicada al demandado;

b) la comunicación debe hacerse con las formas requeridas en la ley bajo pena de nulidad; todo quebrantamiento en las formas del emplazamiento entraña el riesgo dé que el demandado no haya sido efectivamente enterado de la demanda;

c) comunicada la demanda se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse; la doctrina denomina a esta circunstancia, la garantía de "su día ante el tribunal";

d) las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su producción;

e) toda prueba puede ser fiscalizada por el adversario durante la producción e impugnada después de su producción;

f) toda petición incidental que se formule, ya sea durante el debate, ya sea durante la prueba, debe sustanciarse con audiencia del adversario, salvo disposición en contrario;

g) ambas partes tienen iguales posibilidades de presentar sus exposiciones de conclusión o alegatos y de impugnar mediante recursos las resoluciones que les sean adversas." (Couture 1981, pp. 183 y ss)

La garantía del derecho a la defensa, dentro del concepto del debido proceso, implica que las partes pueden manifestar sus pretensiones, alegar, presentar y evacuar pruebas, y hacer uso de los recursos previstos en las leyes, por lo que el desconocimiento de estos derechos por los tribunales, significa la violación de un derecho fundamental como es el derecho a la defensa. (Duque Corredor 2000, p. 75-76)

Como corolario del principio de interpretación conforme a la Constitución, las normas procesales deben ser interpretadas de manera tal que se favorezca el ejercicio del derecho a la defensa, tal como lo desarrolló la Sala Constitucional, en doctrina acogida como vinculante por la Sala de Casación Civil:

"Ahora bien, respecto al alcance que debe tener el derecho de defensa respecto al demandado, la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal, en sentencia N° 1385, de fecha 21 de noviembre de 2000, dictada en la acción de amparo constitucional intentada por la empresa Aeropullmans Nacionales, S.A. (AERONASA), expediente N° 2000-312, estableció el siguiente criterio vinculante:

"...Para decidir esta Sala tiene previamente que determinar el alcance que debe tener el derecho de defensa con relación al demandado, el cual lo establece como interpretación vinculante:

1. Siendo la defensa un derecho inviolable en todo estado del proceso, tal como lo reconoce el artículo 49 de la vigente Constitución, dentro de los elementos del debido proceso, derecho que además estaba consagrado en el artículo 68 de la derogada Constitución de la República de Venezuela de 1961,

considera esta Sala que la manifestación inequívoca por parte del demandado de hacer uso de su derecho a contestar la demanda, debe siempre ser interpretado a su favor, ante cualquier ambigüedad y oscuridad de la ley.

Resulta un absurdo jurídico que la ficción impere sobre la realidad, y que en situaciones ambiguas u oscuras, se prefiera considerar que el demandado no contestó la demanda, dejándolo sin la defensa de la recepción de sus alegatos, antes que reconocerle la utilización efectiva de su derecho.

En fin, la Sala interpreta que en casos de duda, las normas deben interpretarse a favor de la parte que de manera expresa e inequívoca hace uso de sus medios de defensa. Es esta clase de interpretación la que garantiza la realización de la justicia, que como fin del proceso establece el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que, cuando surja alguna duda sobre la preclusión de la oportunidad para contestar la demanda, y aparezca en autos la voluntad de contestar, esta voluntad debe imperar sobre la duda, y el término preclusivo debe interpretarse en el sentido que permite la recepción de la contestación de la demanda que efectivamente conste en autos y que por motivos interpretativos se duda que se haya realizado dentro del término destinado por la ley para ello.

No solo en aras de salvaguardar el derecho de defensa de las partes, en este caso del demandado, sino del mantenimiento de la transparencia y la responsabilidad en la administración de justicia (artículo 26 de la vigente Constitución), la interpretación de las normas debe contener la regla in dubio pro defensa...".

EQUILIBRIO PROCESAL

La igualdad supone la bilateralidad y la contradicción, esto es, que el proceso se desarrolla entre las dos partes bajo la dirección del juez, con idénticas oportunidades de ser oídas (VÉSCOVI 1984, p. 63). El juez, como director del proceso, debe asegurar la bilateralidad, otorgando a las partes las mismas oportunidades para el ejercicio de sus derechos en el proceso –mantendrán a las partes en los derechos y facultades

comunes a ellas, sin preferencia ni desigualdades, dice la norma. Este principio fundamenta el deber judicial de conservar a las partes en los derechos y facultades comunes a ellos, sin preferencias ni desigualdades, y asegura su igualdad en el ámbito de los términos y recursos, al establecer el artículo 204 C.P.C. que "los términos y recursos concedidos a una parte, se entenderán concedidos a la otra, siempre que la disposición de la ley o de la naturaleza del acto no resulte lo contrario". (Rengel-Romberg 1991, p. 149)

En palabras de la casación, la defensa implica tanto el derecho de pedir como el de contestar y oponerse, y "*por tal razón, las partes tienen la facultad de llevar a cabo todo cuanto consideren oportuno para neutralizar los planteamientos de la contraria. Para garantizar esa posibilidad, los jueces deben mantener a las partes en los derechos y facultades comunes a ellas, sin preferencias ni desigualdades. De allí que se produzca la indefensión tanto por la indebida restricción como por el otorgamiento de una excesiva facultad*". (SCC 10-08-00, exp. 00-013, dec. Nº 280)

La doctrina de la Sala de Casación Civil ha aplicado en numerosas oportunidades el principio del equilibrio procesal, así en sentencia Nº 115 de 29 de mayo de 1997, estableció:

"*...de ser oportunamente impugnada la representación de la demandada, por la similitud material con la impugnación del poder presentado con el libelo de demanda, y por razones de justicia y equilibrio procesal, debe aplicarse por analogía el artículo 354 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia podrá el presentante del poder subsanar el defecto u omisión, mediante la comparecencia de la parte o la presentación de un nuevo poder y la ratificación de los actos realizados, dentro de los cinco días siguientes a la impugnación...*". (Criterio ratificado en sentencia Nº 497 de 20-12-02)

"*Por tanto, el Juzgador ad quem procedió equivocadamente cuando estableció la confesión ficta de los codemandados por la acción tardía de la secretaria en dejar la constancia de tal actuación del Alguacil; en detrimento del derecho a la defensa y al debido proceso de los codemandados, cuando efectivamente la causa se reanudó al día siguiente de la exposición*

del alguacil como consta en el expediente, realizándose tempestivamente el 2 de febrero de 2000 la contestación al fondo, todo lo cual conduce a la nulidad de la sentencia recurrida de conformidad con la doctrina vigente de ésta Sala. […]

En obsequio de los principios de equilibrio procesal y derecho a la defensa, esta Sala de Casación Civil declara procedente la denuncia formulada, y en consecuencia, decretará en el dispositivo del presente fallo la nulidad y reposición de la causa a la etapa de que el juez superior competente conozca del fondo de la controversia, por ser tempestiva la contestación de la demanda." (SCC 12-6-2003, dec. Nº 288)

Indefensión

Para Escovar León (2000, 49), la Indefensión no es un concepto abstracto, sino una situación concreta, de la cual se determina si se dan o no los elementos que integran el concepto. No hay una regla general sobre la indefensión; por eso, se debe determinar en cada situación si se dan los elementos que la caracterizan: que sea imputable al juez y que su conducta prive o limite a las partes los medios y recursos que disponen para su defensa.

El mayor número de sentencias de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, recaen sobre el aspecto negativo del derecho a la defensa, el vicio de indefensión en que incurre el juez cuando no respeta la garantía. En palabras de la Sala de Casación Social "*cuando este equilibrio procesal se rompe por un acto imputable al juez, al privar o limitar indebidamente a una de las partes, el libre ejercicio de los medios y recursos que la ley le pone a su alcance para hacer valer sus derechos, el juez incurre en indefensión o menoscabo del derecho de defensa, el cual en aplicación del ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, es causal de casación*". (SCS 14-6-00, dec. Nº 167)

La norma citada por la Sala Social, establece que se declarará con lugar el recurso de casación: "*1° Cuando en el proceso se hayan quebrantado u omitido formas sustanciales de los actos que menoscaben el derecho de defensa*", es decir, que será anulado el fallo por la casación cada vez que sea resultado de un proceso en el cual no se hayan respetado las

formas, siempre que el resultado del desvío de procedimiento sea la indefensión, en cualquiera de sus formas.

En tal sentido, para que se declare la nulidad de un acto "*debe existir una irregularidad procesal de una entidad suficiente para impedir que el acto procesal alcance el fin al cual estaba destinado, por haberse alterado el equilibrio procesal o de alguna manera menoscabado el derecho de defensa, siempre que dicha nulidad haya sido oportunamente solicitada por la parte afectada por el quebrantamiento u omisión, o que el quebrantamiento afecte el orden público. Es decir, que aún para el caso de quebrantamientos que afecten el orden público, la reposición debe ser útil, con la salvedad de que en tal caso la falta de reposición nunca puede ser convalidada, y por tanto, puede ser denunciada en casación, aunque no se haya planteado la nulidad ante la instancia.*" (SCC 13-11-03, dec. 704)

En la correcta interpretación de las normas procesales, la afectación del orden público no puede dar lugar a la casación del fallo si ésta no es necesaria para restablecer el equilibrio procesal, o de alguna manera corregir la indefensión mediante el remedio de la reposición; sin embargo, en ocasiones se deslizan criterios anteriores a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que fundamentan la nulidad sólo en el carácter de orden público de los procedimientos legalmente establecidos y el Supremo Tribunal ha anulado totalmente un proceso, por ejemplo seguido por la vía ejecutiva en lugar de la ejecución de hipoteca: "*En el presente caso, la pretensión planteada por la parte actora contraviene lo estatuido en el artículo 660 del Código de Procedimiento Civil, norma que expresamente señala que el procedimiento de ejecución de hipoteca es la vía para el cobro de un crédito garantizado con hipoteca. "lo demandado por la parte actora en el presente juicio no podía ser tramitado a través de la vía ejecutiva, pues el artículo 660 del mencionado Código, es exclusivo y excluyente para intentar tal reclamación. La recurrida, al admitir por la vía ejecutiva el cobro de un crédito garantizado con hipoteca, infringió el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil, el cual establece que: "...Los actos procesales se realizarán en la forma prevista en este Código y en las leyes especiales..." Todas estas razones conducen a la Sala a declarar infringidos los artículos 660 y 7 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia, a casar de*

oficio y sin reenvío el fallo recurrido, pues siendo inadmisible la demanda planteada a través de la vía ejecutiva, es innecesario un nuevo pronunciamiento sobre el fondo." (SCC 21-8-03, dec. 422)

La cuestión de decidir el procedimiento aplicable se refiere al orden del proceso, no a la resolución de la controversia, y no debe resolverse como infracción de ley, porque se elude el requisito de la necesaria indefensión como generadora de la nulidad del fallo. En el supuesto resuelto por la Sala, el proceso ya había transcurrido, y en su curso se debieron garantizar mejor los derechos del demandado que en el procedimiento más expedito de ejecución.

De especial importancia es el respeto al derecho a la prueba, vulnerado por la omisión de pronunciamiento sobre la admisión:

"Por lo tanto, estima la Sala que acierta el formalizante al denunciar en el presente caso, el quebrantamiento de formas sustanciales del proceso con menoscabo al derecho a la defensa, pues tal como ha quedado evidenciado, el juez de alzada se abstuvo de providenciar acerca de las pruebas promovidas por las partes, así como también, respecto a la oposición del intimante a la admisión de las probanzas presentadas por la parte intimada, proceder que, en modo alguno, encuentra justificación jurídica en las razones sentadas por el Juzgador en el fallo recurrido, donde tampoco se incluyó el examen del instrumento poder ni del contrato de servicio, instrumentos de los cuales supuestamente quedaría evidenciada la ausencia de autorización de la intimada al intimante para interponer en su nombre el recurso autónomo de amparo que originó los honorarios profesionales reclamados; siendo evidente que el juez de alzada arribó a su decisión, valorando de manera sesgada una o dos de las pruebas aportadas al proceso, en desmedro del postulado del artículo 509 del Código de Procedimiento Civil, según el cual: "Los Jueces deben analizar todas cuantas pruebas se hayan producido, aún aquellas que a su juicio no fueren idóneas para ofrecer algún elemento de convicción, expresándose siempre cuál sea el criterio del juez respecto a ellas"…" (SCC 17-9-03, dec. Nº 539)

La vulneración de los límites de la apelación también puede ocasionar indefensión:

"...La apelación no defiere al juez de la alzada sino el conocimiento de la materia que haya sido objeto de la sentencia del juez o tribunal inferior; de lo que se haya decidido en la parte dispositiva de ésta, y de ningún modo otra cuestión. La apelación implica para el apelante el derecho a hacer reconsiderar en los grados superiores la decisión que le haya ocasionado el agravio del cual protesta por medio del recurso; y si los tribunales de alzada, en vez de ocuparse en el preciso punto que se les somete y que constituye la materia del fallo, deciden sobre otra distinta, indudablemente lo hacen con usurpación de poder, porque ningún juez de apelación tiene facultad para iniciar o abrir instancia original, sino para continuar conociendo de la que se le someta en fuerza del efecto devolutivo de la apelación...." (SCC 25-4-03, dec. Nº 185)

En general, la infracción de normas procesales sólo será motivo de nulidad, si como consecuencia de la violación se produce indefensión; de lo contrario será necesario aplicar el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que prohíbe los formalismos y reposiciones inútiles, y el artículo 206 del Código de Procedimiento Civil que determina: *En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado*.

Jurisprudencia

SCon 15-3-00, dec. Nº 97:

"Se denomina debido proceso a aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.

De la existencia de un proceso debido se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la violación de la garantía de un 0 y el derecho de defensa de las partes."

SCC 10-8-00, dec. Nº 301:

"Con relación a la técnica sobre la denuncia de reposición no decretada, esta Sala estableció: Ha sido criterio constante de la Sala de Casación Civil que la técnica correcta para la denuncia de reposición no decretada, es la siguiente: a) Explicación de cuál ha sido la forma quebrantada u omitida y si lo ha sido por el Juez de la causa o el de alzada. b) Indicar cómo con tal quebrantamiento u omisión de las formas se lesionó el derecho de defensa. c) Si el quebrantamiento u omisión de las formas que menoscabó el derecho de defensa lo ha sido por el Juez de la causa, denunciar la infracción del artículo 208 del Código de Procedimiento Civil; de la forma expresa contenida en las disposiciones del artículo 15 ejusdem, y de los particulares que acarrean el menoscabo del derecho de defensa, las cuales resultan ser las realmente infringidas por la recurrida, al no decretarse en ella la reposición o la nulidad, cuando la omisión o el quebrantamiento de las formas que menoscaben el derecho de defensa lo lesiona el tribunal de la causa. d) Si el quebrantamiento u omisión de las formas que menoscabó el derecho de defensa lo ha sido por el tribunal de alzada, además de la infracción de la norma contenida en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, deben denunciarse como infringidas las disposiciones referentes al quebrantamiento u omisión de las formas que menoscaban derecho de defensa que han sido lesionados por el propio Juez de la recurrida, y e) La explicación a la Sala que con respecto a dichos quebrantamientos u omisiones de forma se agotaron todos los recursos."

SCS 14-6-00, dec. Nº 167:

"Las disposiciones anteriormente transcritas, constituyen para los jueces un mandato, para mantener a las partes en igualdad de condiciones y en los derechos privativos de cada uno.

Ahora bien, cuando este equilibrio procesal se rompe por un acto imputable al Juez, al privar o limitar indebidamente a una de las partes, el libre ejercicio de los medios y recursos que la ley le pone a su alcance para hacer valer sus derechos, el Juez incurre en indefensión o menoscabo del derecho de defensa, el cual en aplicación del ordinal 1º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, es causal de casación.

La casación venezolana ha sostenido a este respecto, que hay menoscabo del derecho de defensa, "cuando se niegan o cercenan a las partes los medios legales con que pueden hacer valer sus derechos".

Según Cuenca, se rompe la igualdad procesal cuando:

"Se establecen preferencias y desigualdades, se acuerdan facultades, medios o recursos no establecidos por la Ley o se niegan los permitidos en ella; si el Juez no provee sobre las peticiones en tiempo hábil en perjuicio de una parte; se niega o silencia una prueba o se resiste a verificar su evacuación; en general cuando el Juez menoscaba o excede sus poderes de manera que rompe el equilibrio procesal con perjuicio de un litigante". (Curso de Casación Civil, tomo 1, Dr. Humberto Cuenca, pág. 105).

SCC 31-10-00, dec. Nº 345:

"[...] la doctrina de la Sala ha elaborado una teoría sobre las nulidades procesales que consiste en indagar si el acto sometido a impugnación satisface o no los fines prác-

ticos que persigue, pues en caso afirmativo, la orientación es declarar la legitimidad del acto que aún afectado de irregularidades, pudo de todos modos realizar lo que en esencia era su objetivo, según principio establecido en la parte final del artículo 206 del Código de Procedimiento Civil, que dispone: "En ningún caso se declarará la nulidad si el acto ha alcanzado el fin al cual estaba destinado
[...] la reposición debe perseguir un fin útil, de lo contrario se lesionarían los principios de economía procesal y de estabilidad de los juicios, pues debe evitarse la nulidad por la nulidad misma."

SCC 10-8-01., dec. Nº 284:

"Por lo tanto, hay menoscabo del derecho de defensa, cuando se niegan o cercenan a las partes los medios legales con que puedan hacer valer sus derechos. La indefensión debe ser imputable al Juez, para que pueda conformarse una violación del precepto respectivo, pero no cuando el hecho se debe a la impericia, abandono o negligencia de la propia parte, pues en tal caso, ella debe sufrir las consecuencias.
En este sentido, el requerimiento legal respecto a que la incorporación de nuevos miembros al Tribunal conste en los libros respectivos, que ciertamente están a la disposición de las partes, y que además se publican avisos como ya se indicó, en la sede del Tribunal, no es remotamente suficiente para salvaguardar el derecho a la defensa de las partes en el proceso, por lo cual se requiere, y así lo estima necesario la Sala, la notificación a las partes del avocamiento del nuevo Juez, ya sea por razones de faltas absolutas o temporales del Juez natural."

SCC 16-11-01, dec. Nº 364:

"Esta norma contiene el principio de igualdad procesal, reglamentado por el artículo 204 del mismo texto legal y que se fundamenta en el artículo 61 de la Constitución de 1961 y hoy, en el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual todos somos iguales ante la ley, por consiguiente ante su quebrantamiento esta Sala de Casación Civil, en uso de las facultades que le confiere el artículo 320 eiusdem, procede a corregir la infracción de orden público delatada por vía de la Casación de Oficio y en consecuencia, anulará el fallo recurrido, para que se proceda a dictar la decisión que corresponda con sujeción a lo establecido en esta sentencia."

SCC 20-12-01, dec. Nº 482:

"La falta de juramentación de un testigo, antes de contestar, constituye una irregularidad sustancial en la evacuación de la prueba, imputable al Juez y que no puede ser subsanada o convalidada por las partes y que ocasiona la nulidad de ese acto aislado del procedimiento por la falta de cumplimiento de una formalidad esencial para su validez, y da lugar a la reposición para la renovación del mismo.
Como un correctivo a la doctrina antes expuesta y protegiendo en todo momento la utilidad de la reposición, esta Sala establece que no será admisible la reposición para la renovación del acto de testigos por falta de juramento cuando:
1. La declaración del testigo verse sobre un hecho sin congruencia alguna con los hechos litigiosos es decir, que no exista relación entre los hechos sobre los cuales el testigo

va a declarar y los hechos controvertidos. De esta forma se descarta la posibilidad de declarar la reposición por una declaración referida a hechos manifiestamente impertinentes con lo discutido en el proceso.
2. Los hechos sobre los cuales el testigo va a declarar no admitan, por voluntad de la ley, ser probados a través de la prueba de testigos o prohibidos por alguna otra regla legal expresa para el establecimiento de los hechos o de las pruebas.
3. La prueba de testigo sea ineficaz por no haber sido promovida de conformidad con los requisitos establecidos en la ley, como sucede, con la prueba promovida extemporáneamente. En otras palabras, la prueba ha debido ser configurada sin quebrantar ninguna norma jurídica expresa para su establecimiento.
4. La prueba de testigos sea inadmisible de conformidad con alguna disposición expresa de la ley.
5. La prueba sea manifiestamente ilegal.
6. En el caso de que se haya dictado la sentencia definitiva en segunda instancia, los hechos sobre los cuales el testigo va a declarar hayan quedado soberanamente establecidos por otros medios de pruebas valorados por el Juez o establecidos con base en otra prueba que por disposición de la ley tiene mayor eficacia probatoria."

SCC 9-4-02, dec. Nº 195:

"Precisamente, si conforme se infiere de la recurrida; la medida cautelar típica de prohibición de enajenar y gravar, fue decretada en su momento para preservar en el tiempo los inmuebles que precisamente reclamaba el actor como suyos y la misma se mantuvo vigente durante todo el litigio, que culminó por sentencia que acogía la pretensión del actor; luego no puede argumentarse que el interés cautelar haya menguado, porque la fianza condicionaba su vigencia hasta que existiera sentencia definitiva, y, que al no existir ese presupuesto, no podía el Juez levantar la medida.
De esa manera, nunca debió el Tribunal de la recurrida, levantar la medida de prohibición de enajenar y gravar, dado que además de desconocer su función, cual es, paralizar el tráfico jurídico comercial de la cosa litigiosa, hasta tanto y cuanto verificara quién era su dueño, le permitía al perdidoso, enajenarle sin limitación alguna; ello, haría efímera la ejecución del fallo."

SCC 20-5-03, dec. Nº 225:

Establece el artículo 206 del Código Adjetivo Civil, la obligación en que están los jueces de procurar la estabilidad de los juicios, y para ello como directores del proceso, deben estar vigilantes, de corregir y evitar que se cometan faltas que mas adelante pudiesen acarrear la nulidad del mismo o de alguno de sus actos. Así mismo, prevé que la nulidad sólo debe decretarse en los casos señalados por la ley o cuando se incumpla alguna formalidad esencial a la validez del acto de que se trate.
En este sentido, el orden público representa una noción que cristaliza todas aquellas normas de interés público que exigen observancia incondicional, y que no son derogables por disposición privada y que desde luego, los jueces ni las partes pueden subvertir; y como quiera que, conforme a lo previsto en el artículo 212 del Código de Procedimiento Civil, los quebrantamientos de leyes de orden público no pueden

subsanarse ni aún con el consentimiento expreso de las partes, lo cual conlleva al mismo tiempo al vicio de la indefensión, por violación del precepto constitucional consagrado en el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que tiene como característica que sea imputable al Juez, los procedimientos así sustanciados, en oposición al sistema de legalidad, violan el principio de obligatoriedad establecido en la ley, esto es –se repite– el debido proceso y el derecho a la defensa, principios ambos de rango constitucional; evitando consecuencialmente con ello, posteriores nulidades con mayor desgaste de tiempo y dinero para la jurisdicción y las partes involucradas, corrigiendo los vicios de procedimiento que puede anular cualquier acto procesal y tomando en cuenta al mismo tiempo los principios procesales de saneamiento y de nulidad esencial. [...]

Sobre el punto de cuando debe y cuando no, ordenarse la reposición de la causa, la Ley Adjetiva Civil, contempla tal posibilidad, en sus artículos 206 y siguientes. Ahora bien, la reposición trae aparejada la nulidad, por lo que los jurisdicentes deben revisar muy cuidadosamente y a la luz de sus consecuencias, la conveniencia en declararla sólo cuando se hayan menoscabado derechos como el de defensa y debido proceso, o se haya violentado el orden público y siempre que dichas fallas no puedan subsanarse de otra manera, lo que deviene en que tal reposición debe decretarse cuando realmente se persiga con ella una finalidad útil, pues de no ser este el supuesto se estarían violentando los mismos derechos que presuntamente se deben proteger cuando se acuerda."

SCC 16-5-03, dec. Nº 209:

"En efecto, el sistema de nulidades procesales está primordialmente dirigido a subsanar errores del tribunal que menoscaben el derecho de defensa de las partes; por tanto, la parte que ha realizado un acto procesal en un lugar, en una oportunidad o de un modo diferente de lo legalmente ordenado, no puede solicitar la nulidad y la reposición para que se renueve el acto nulo, porque la irregularidad no se debe a la actuación del Juez.

En tal sentido, el artículo 214 del Código de Procedimiento Civil establece que la validez del procedimiento no puede ser impugnada por quien ha dado causa a la nulidad que sólo pueda declararse a instancia de parte, ni por quien la ha consentido expresa o tácitamente, a menos que se trate de violaciones de normas de orden público. Asimismo, de conformidad con el artículo 213 eiusdem se consideran subsanadas, si la parte contra quien obre la falta no pide la nulidad en la primera oportunidad en que se haga presente en autos."

Scon 21-11-00, dec. Nº 1385:

"...Para decidir esta Sala tiene previamente que determinar el alcance que debe tener el derecho de defensa con relación al demandado, ***el cual lo establece como interpretación vinculante****:*

1. Siendo la defensa un derecho inviolable en todo estado del proceso, tal como lo reconoce el artículo 49 de la vigente Constitución, dentro de los elementos del debido proceso, derecho que además estaba consagrado en el artículo 68 de la derogada Constitución de la República de Venezuela de 1961, considera esta Sala que la mani-

festación inequívoca por parte del demandado de hacer uso de su derecho a contestar la demanda, debe siempre ser interpretado a su favor, ante cualquier ambigüedad y oscuridad de la ley.

Resulta un absurdo jurídico que la ficción impere sobre la realidad, y que en situaciones ambiguas u oscuras, se prefiera considerar que el demandado no contestó la demanda, dejándolo sin la defensa de la recepción de sus alegatos, antes que reconocerle la utilización efectiva de su derecho.

En fin, la Sala interpreta que en casos de duda, las normas deben interpretarse a favor de la parte que de manera expresa e inequívoca hace uso de sus medios de defensa. Es esta clase de interpretación la que garantiza la realización de la justicia, que como fin del proceso establece el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

De allí que, cuando surja alguna duda sobre la preclusión de la oportunidad para contestar la demanda, y aparezca en autos la voluntad de contestar, esta voluntad debe imperar sobre la duda, y el término preclusivo debe interpretarse en el sentido que permite la recepción de la contestación de la demanda que efectivamente conste en autos y que por motivos interpretativos se duda que se haya realizado dentro del término destinado por la ley para ello.

No solo en aras de salvaguardar el derecho de defensa de las partes, en este caso del demandado, sino del mantenimiento de la transparencia y la responsabilidad en la administración de justicia (artículo 26 de la vigente Constitución), la interpretación de las normas debe contener la regla in dubio pro defensa...".

SCC 21-8-03, dec. Nº 456:

"Al aplicar el criterio expuesto por la Sala Constitucional de este Tribunal Supremo al caso de autos, criterio que es vinculante por cuanto se trata de la interpretación que debe dársele al artículo 257 de la Constitución vigente, es evidente que la falta cometida por la secretaria del juzgado a quo, que quedó reconocida mediante el auto de fecha 9 de febrero de 2000, no puede ser imputada a los codemandados, quienes acarrearían con la gravísima consecuencia de quedar confesos en el presente juicio.

Ahora bien, la Sala advierte que en la recurrida, si bien reconoce que la decisión condenatoria por la presunta procedencia de la confesión ficta es "...injusta, ya que la supuesta confesión de la parte demandada, deviene de la omisión cometida por el Secretario del Tribunal a quo...", en la misma se ordena la reposición de la causa al estado de nueva contestación de la demanda y se anula indebidamente todo lo actuado a partir del 24 de noviembre de 1999, lo que sin duda alguna contraría el principio de celeridad procesal contemplado en los artículos 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y 10 del Código de Procedimiento Civil, que garantizan a toda persona una justicia expedita, sin dilaciones indebidas.

En consecuencia, con fundamento en las razones expuestas y por aplicación de la jurisprudencia citada, emanada de la Sala Constitucional, en el dispositivo del presente fallo se casará de oficio la sentencia recurrida y se ordenará al juzgado superior que resulte competente dicte nueva decisión pronunciándose sobre el fondo de lo controvertido. Así se decide."

SCC 13-11-03, dec. Nº 704:

"Reiteradamente este Alto Tribunal ha establecido que para que se produzca el vicio de reposición preterida, debe existir una irregularidad procesal de una entidad suficiente para impedir que el acto procesal alcance el fin al cual estaba destinado, por haberse alterado el equilibrio procesal o de alguna manera menoscabado el derecho de defensa, siempre que dicha nulidad haya sido oportunamente solicitada por la parte afectada por el quebrantamiento u omisión, o que el quebrantamiento afecte el orden público. Es decir, que aún para el caso de quebrantamientos que afecten el orden público, la reposición debe ser útil, con la salvedad de que en tal caso la falta de reposición nunca puede ser convalidada, y por tanto, puede ser denunciada en casación, aunque no se haya planteado la nulidad ante la instancia."

SCon 18-02-04, dec. Nº 172:

"El artículo 21 constitucional, establece la igualdad de las personas ante la ley, lo que quiere decir que a todas las personas, sean naturales o jurídicas, se les aplica la ley conforme a lo que ella dispone, por lo que en principio, la ley como conjunto normativo que ordena conductas, puede crear situaciones disímiles para las personas y por tanto otorgar derechos privativos a determinadas personas y no a otras que se encuentran en desigual condición.

Pero dentro de esa situación, la vigente Constitución prohíbe la discriminación a las personas, fundadas en la raza, el sexo, el credo, la condición social, o que, en general, tengan por objeto o por resultado, anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos y libertades de toda persona.

Estas condiciones de igualdad para que se ejerzan los derechos, se encuentra reconocida en el proceso en el artículo 15 del Código de Procedimiento Civil, aunque allí se acepta la existencia de derechos privativos a cada parte debido a su posición en el proceso, siendo ello una forma de igualdad, al reconocer que debido a la diversa posición que por su naturaleza tiene cada parte, pueda distribuirse entre ellas las cargas, deberes y obligaciones procesales, señalando a las partes cuáles le son específicas.

Esta situación que nace del proceso y que atiende a la posición procesal, que es diferente según el puesto que ocupan en él, permite privilegios procesales a favor de algunos litigantes, los cuales pueden no nacer necesariamente de su condición procesal, sino de razones extra-procesales, tal como sucede con los privilegios fiscales que tiene la República, acordados por distintas leyes. Esos privilegios, indudablemente, no corresponden a raza, sexo o credo y, en principio, no menoscaban los derechos y libertades de las personas.

¿Son tales privilegios discriminaciones provenientes de la condición social? Ni la República, ni los entes públicos son personas jurídicas con condición social. Éste es un concepto derivado del puesto que ocupan las personas en la sociedad, pero ni a la República ni a los demás entes jurídico-públicos puede reconocérsele una posición social, ya que ellos están por encima de la sociedad, resultando más bien –en cierta forma– rectores de la sociedad.

La condición social está referida a los seres humanos, y al puesto que ocupan en la sociedad, pero no a las personas jurídicas o a los entes morales. Por ello la Sala

concluye que los privilegios de la República o de los entes públicos, en principio, no están prohibidos por el artículo 21 citado, a menos que, injustificadamente, anulen derechos de las personas que, en un mismo plano previsto por la ley y que presupone igualdad, se relacionen con ella. (…)"

SCC 23-3-04, dec. Nº 234:

"Ahora bien, tal como lo establece el Juez Superior, las partes oportunamente promovieron sus pruebas, las cuales fueron admitidas por el a quo y ordenada su evacuación mediante comisión al Juzgado Distribuidor del Municipio Caroní del Segundo Circuito de la Circunscripción Judicial del estado Bolívar, el cual no pudo dar cumplimiento a este requerimiento del Tribunal de la cognición, debido a que la misma adolecía de omisiones imputables únicamente al comitente, razón suficiente para reponer la causa –tal como acertadamente lo hizo– al estado de que se evacuaran dichas probanzas, dado que esa deficiencia en la comisión cometida por el Juzgado de Primera Instancia, nunca podrá ser atribuida a las partes en litigio.

La etapa de evacuación de pruebas constituye la oportunidad donde se incorporan las probanzas al juicio, las cuales son el MEDIO por excelencia para el establecimiento de los hechos alegados que conforman el thema decidendum. En consecuencia, cuando existe una falta de evacuación de pruebas imputable al Juez, estaremos en presencia de una fragante limitación al derecho de defensa de las partes, lo cual va en contra de las previsiones contenidas en los artículos 15 de la Ley Adjetiva Civil y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Los jueces de la cognición tienen la carga de asegurarse de cumplir con todos los trámites legales para la evacuación de las pruebas, por tener impreso la naturaleza de orden público procesal todas las normas relativas dicha etapa."

SCC 27-4-04, dec. Nº 314:

"Ahora bien, en su reiterada jurisprudencia la Sala ha venido estableciendo que todos aquellos errores del Juez relacionados con la forma, lugar y tiempo en que han de llevarse a cabo los actos del juicio deben ser planteados mediante una denuncia por quebrantamiento de formas procesales, explicando claramente cuál fue la forma violada u omitida, además de demostrar cómo esa irregularidad alteró el equilibrio procesal, porque privó o limitó de alguna manera el derecho de defensa de las partes, siempre y cuando dicha nulidad haya sido oportunamente solicitada por la parte afectada por el quebrantamiento u omisión, o que esa infracción afecte el orden público. (Ver entre otras sentencia de 1° de diciembre de 2003, caso: Suriel José Affaqui Díaz y otros contra Carmen Brunilde Torcaty Hurtado)."

SCC 27-4-04, dec. Nº 316:

"De acuerdo a lo señalado por el co-demandado XXX, si la parte actora consideraba que el lapso de evacuación transcurrido en el Juzgado Undécimo de Primera Instancia no era suficiente para llevar a cabo la evacuación de la prueba, debió solicitar la prórroga antes de su vencimiento, al no hacerlo precluyó su oportunidad, sin que pueda otorgársele la ventaja de su reapertura.

En un caso similar, este Alto Tribunal dejó sentado dicho criterio, el cual se ratifica en esta oportunidad; así en fecha 14 de marzo de 2000 en el juicio de Homero Edmundo Andrade Briceño c/ Pablo Antonio Carrillo Calderón estableció:

"...La circunstancia de haber decretado el sentenciador superior indebidamente la reposición de la causa, atenta contra los principios de celeridad y economía procesal, así como la garantía del debido proceso y del principio de igualdad de las partes, lo que constituye materia que interesa al orden público procesal. […]

Esta circunstancia pone de manifiesto que la promovente de la prueba no fue diligente, sino que abandonó el destino de la prueba so pena de correr con las consecuencias del vencimiento del lapso, como en efecto ocurrió, y de ser condenada por ello, por esta razón no puede considerar la Sala que hubo lesión de su derecho de defensa, por lo que no procedía la declaratoria de reposición de la causa decretada por el sentenciador superior.

En cuanto a la improrrogabilidad de los lapsos procesales, la Sala ya se ha pronunciado en anteriores fallos, a saber, considera que "la prórroga se refiere a la necesidad de extender un término o lapso que todavía no ha transcurrido; en consecuencia, toda solicitud de prórroga debe hacerse antes del vencimiento del lapso..." (Véase: sentencia del 15 de noviembre de 2002, en el juicio de Banco Latino C.A. c/ Iveco de Venezuela C.A.). […]

Lo expuesto precedentemente, permite concluir que el Juez superior repuso indebidamente la causa al estado que se reabriera el lapso probatorio vencido, a pesar de que la parte promovente (actora) no instó al a quo a llevar a efecto la prueba, sino que lo hizo luego de vencido el lapso probatorio, todo lo cual permite concluir que no hubo en este juicio quebrantamiento u omisión alguna de forma sustancial de acto del proceso, ni hubo indefensión que sea imputable al Juez de la causa que permitiera la nulidad del fallo dictado en primera instancia ni la reposición decretada en el juicio."

Artículo 16

Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente.

El artículo 16 del Código de Procedimiento Civil determina que el interés procesal es una condición fundamental para ejercer el derecho de acción y obtener así la prestación de la función jurisdiccional, entendiendo la doctrina por interés procesal la necesidad de poner en movimiento al órgano jurisdiccional como único medio para obtener la satisfacción de un determinado derecho. (Pesci Feltri 2000, p. 430)

La necesidad de poner en movimiento el órgano judicial para obtener la satisfacción de un derecho tiene su causa remota en la prohibición de hacerse justicia por propia mano que ha impuesto el Estado al irrogarse con carácter exclusivo la función de juzgar. (Henriquez La Roche 1995, I, p. 92)

Interés sustancial

Explica Carnelutti (1944, I, p. 11), que el interés es una posición del hombre favorable a la satisfacción de una necesidad. La posesión del alimento o del dinero es, ante todo, un interés, porque quien posee uno u otro está en condiciones de satisfacer su hambre.

"Los medios para la satisfacción de las necesidades humanas son los bienes. Y si acabamos de decir que interés es la situación de un hombre, favorable a la satisfacción de una necesidad, esa situación se verifica, pues, con respecto a un bien: hombre y bien son los dos términos de la relación que denominamos interés. Sujeto del interés es el hombre, y objeto de aquél es el bien."

Se refiere el gran procesalista al interés sustancial, a la posición del hombre respecto a un bien de la vida que satisface una necesidad material o moral. La disposición comentada no se refiere al interés sustancial sino al interés procesal.

Interés procesal

El interés procesal consiste en la necesidad de un pronunciamiento judicial para producir un determinado efecto querido por el sujeto, tenga o no derecho a una sentencia favorable.

Palacio (1994, I, 411-412) define el interés procesal como la necesidad o imprescindibilidad del proceso para satisfacer, en cada caso concreto, el derecho afirmado como fundamento de aquélla. "*Desde que no es de incumbencia de los jueces hacer declaraciones abstractas o académicas, sino decidir "colisiones efectivas de derechos", resulta claro que la pretensión procesal es inadmisible cuando de ella no surge que el reclamo dirigido al órgano sea necesario para el logro de aquellos fines".*

En otras palabras, el bien de la vida necesitado por quien insta es la actuación jurisdiccional misma, sin que sea necesaria la existencia mediata de un derecho vulnerado: bastará la afirmación de la existencia de una situación jurídica actualmente necesitada de certeza.

"Mientras en el caso de derechos a una prestación el interés procesal surge con motivo de un estado de insatisfacción derivado del incumplimiento por parte del sujeto obligado, existen casos en los cuales el interés resulta de una situación jurídica objetivamente dañosa que sólo puede ser removida mediante la intervención de un órgano judicial. Tal lo que ocurre cuando, sin que medie incumplimiento de prestación alguna, se haya producido una situación de falta de certeza acerca de la existencia o inexistencia de un derecho; o cuando, existiendo en concreto ciertas situaciones susceptibles de producir la modificación de un estado o relación jurídica, tal modificación sólo puede operarse mediante una sentencia judicial (nulidad de matrimonio, declaración de incapacidad por insania, etc.).

El interés procesal tiene, como regla, un contenido económico, pero éste puede ser exclusivamente moral cuando la pretensión tiende, por ejemplo,

a la tutela del nombre, al depósito de menores abandonados o a obtener el goce de derechos constitucionales de índole no patrimonial." (Palacio 1994, I, 413)

Interés actual

La exigencia de un interés actual sólo es compatible con la previsión legal de procesos cautelares, o de la posibilidad de iniciar el proceso pendiente una condición; entre otros casos, si se entiende referido al interés procesal, a la utilidad actual del proceso para asegurar el derecho o la situación jurídica. Así el temor a que un objeto ruinoso cause un daño es actual, aun cuando el daño sea eventual, lo cual conduce a que la frase "*Además de los casos previstos en la Ley* " de la norma comentada no deba entenderse como una excepción a la exigencia primaria de un interés actual.

"Además, el interés debe ser actual; pero ello no impide que, en ciertos casos, pueda reclamarse la protección de derechos eventuales o futuros, siempre que existan determinadas circunstancias, de carácter actual, frente a las cuales el ordenamiento jurídico prevea la posibilidad de una tutela inmediata. Así, por ejemplo, una deuda sujeta a condición o pendiente de plazo, autoriza a pedir un embargo preventivo cuando se justifica que por cualquier causa ha disminuido notablemente la responsabilidad del deudor después de contraída la obligación (v.gr. art. 209, inc. 5º del CPN). Algo similar ocurre en el caso de las pretensiones de condena a una prestación futura…" (Palacio 1994, I, 414)

Este interés actual puede estar dirigido a obtener una declaración judicial que constituya, modifique o extinga una situación jurídica, siempre que este efecto no se pueda producir sin el pronunciamiento judicial. Tal es el caso del divorcio.

Pretensiones mero declarativas

Se exige también un interés actual para obtener la mera declaración de certeza de un derecho o situación jurídica, pero el legislador sujeta la admisibilidad de la demanda a un requisito adicional: "*No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente*".

Por tanto, el interés actual puede consistir en obtener la sola declaración de existencia del derecho o situación jurídica, si con ello se cumple todo lo que se puede obtener de la jurisdicción. Por ejemplo, si el demandante posee un bien cuya propiedad es puesta en entredicho, podrá interponer la demanda mero declarativa; pero si el demandante no tiene la posesión del bien sobre el cual pretende una declaración de certeza de la propiedad, deberá ejercer la acción reivindicatoria para la satisfacción completa de su interés que consistiría en obtener una sentencia que no se limitara a declarar la existencia del derecho de propiedad, sino que además condenara a la restitución del bien.

"…las acciones mero declarativas o de declaración de certeza son supletorias en el sentido de que si existe otra acción a través de la cual se satisfaga la pretensión, no es posible interponer una acción de certeza. No obstante tal limitación sólo es aplicable en los casos en que las acciones paralelas permitan obtener completamente la satisfacción pretendida, porque si estas acciones sólo satisfacen parcialmente, procede la acción mero declarativa para conseguir la totalidad del interés." (DUQUE CORREDOR 2000, I, 77)

La razón estriba en evitar juicios sucesivos dirigidos a dilucidar diferentes aspectos del conflicto de intereses que ocasionarían una distracción inútil de esfuerzos y recursos.

EL INTERÉS Y LOS ACTOS EN EL CURSO DEL PROCESO

Enseña LINO PALACIO (1994, I, 414-415) que el interés procesal constituye también uno de los requisitos que debe reunir la oposición a la pretensión (*interés en contradecir*), y en general cualquier actuación procesal: el interés *no es requisito privativo de la pretensión y de la oposición a ésta, sino que es común a todos los actos procesales*.

En tal sentido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha determinado que el interés procesal es la posición del actor frente a la jurisdicción para obtener de ella la satisfacción de su necesidad de tutela; éste interés subyace en la pretensión inicial del actor y debe subsistir en el curso del proceso. (SCON 6-6-2001, dec. 982) De no subsistir el interés, el Tribunal Supremo de Justicia declara la finalización del procedimiento.

Asimismo, la Sala de Casación Civil repetidamente ha rechazado denuncias de casación cuando estas no persiguen directamente la obtención de un interés del recurrente, sino indirectamente la nulidad del fallo recurrido. Tal sería el caso de la omisión de pronunciamiento sobre alegaciones del contrario.

Jurisprudencia

SCS 05-12-00, dec. Nº 665:

"La norma transcrita precedentemente, se refiere a las llamadas acciones mero declarativas o acciones de mera certeza, las cuales consisten en la activación de la función jurisdiccional del Estado en la búsqueda de un pronunciamiento de ley que permita despejar la duda o incertidumbre acerca de si se está en presencia o no, de una relación jurídica determinada o de un derecho. Expresamente, señala la norma mencionada que dicha acción, no podrá proponerse cuando el interesado pueda conseguir que su interés sea satisfecho íntegramente mediante una vía distinta.

Respecto de este tipo de pretensiones, el Profesor Arístides Rengel Romberg, en su Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano, señala:

"La pretensión de mera declaración o declarativa, o de declaración de simple o mera certeza, como también se la denomina, es aquella en la cual no se pide al Juez una resolución de condena a una prestación, sino la mera declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica. Aquí no se trata del incumplimiento de una obligación o transgresión del derecho, sino de la declaración de una relación jurídica que existe con anterioridad a la sentencia, pero que se encuentra en estado de incertidumbre.

En general se admite que esta forma de tutela jurídica tiende a conseguir la realización más acabada del orden jurídico objetivo y la protección de los derechos subjetivos de los ciudadanos, sin esperar a que el equilibrio que aquel orden establece y ordena respetar se halle de hecho menoscabado y roto, porque el daño puede originarse tanto de la falta de una prestación como de la incertidumbre del derecho."

De igual forma, el Maestro Luis Loreto indica:

"La actuación de la voluntad de la ley se verifica por medio de la jurisdicción en dos momentos significativos: el de conocimiento y el de ejecución. Por el primero –que es el que interesa a nuestro estudio– se aspira a declarar o a determinar jurídicamente lo que por el acaecer histórico y las imputaciones normativas a los hechos es la voluntad de la ley. La voluntad abstracta hecha concreta antes del proceso se individualiza en la sentencia que la patentiza y proclama como verdad oficial (pro veritate accipitur). En cuanto a la sentencia se limita a la mera declaración de la relación material preexistente (...).

Los efectos de la tutela jurídica solicitada por los litigantes en las acciones de mera declaración les son conseguidos por la sentencia que declare la existencia o no existencia de la relación jurídica que ha formado objeto del proceso, ora como consecuencia de su pura eficacia declarativa sujeta a rectificación, ora de manera estable y permanente, como consecuencia de la autoridad de la cosa juzgada." (Luis Loreto. Ensayos Jurídicos.)

De manera, que el fin que se pretende obtener con una sentencia de naturaleza mero declarativa, se circunscribe a la obtención del reconocimiento por parte de un órgano de administración de justicia del Estado, de la existencia o inexistencia de un vínculo jurídico o derecho, pero sin que tal fallo sea condenatorio en esencia. Lográndose, en consecuencia, la protección a la posible lesión que puede sufrir un derecho o vínculo jurídico en virtud del desconocimiento o duda de su existencia.
La jurisprudencia de este Tribunal Supremo de Justicia, tomando en consideración la Exposición de Motivos del Proyecto del Código de Procedimiento Civil (Congreso de la República, Secretaría, "Exposición de Motivos y Proyecto de Código de Procedimiento Civil". Imprenta del Congreso, Caracas, 1985, pág. 7) donde señaló que "Sin embargo, a fin de no dejar a la interpretación jurisprudencial el alcance y límites de esta demanda de mera declaración, se acoge en el Proyecto la limitación aconsejada por la mejor doctrina, según la cual no es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una demanda diferente(...)", ha afirmado lo siguiente:
"Entre las condiciones requeridas para que pueda darse la acción de declaración, aparte de la voluntad de la ley de la cual se pide la declaración; y de la legitimatio ad causam, debe destacarse el interés en obrar. Este interés en obrar consiste en una condición de hecho tal, que el actor sufriría un daño sin la declaración judicial. Esta condición de hecho no consiste en una violación del derecho que es el presupuesto corriente de las sentencias de condena, sino más bien de la incertidumbre del derecho ante la opinión común por lo que se precisa no sólo que el derecho sea satisfecho por el obligado, sino también que sea cierto como derecho en la sociedad.
Esta incertidumbre debe ser también objetiva en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho exterior objetivo que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de los terceros." (Sentencia de la Sala de Casación Civil, de fecha 8 de julio de 1999)

SCC 26-7-02, dec. 323:

"De acuerdo con todo lo expresado, el Juez ante quien se intente una acción mero declarativa deberá, en aplicación del artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, respecto a la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, observar si la mencionada demanda cumple con el requisito exigido por el artículo 16 eiusdem, es decir, que no exista una acción distinta que satisfaga completamente el interés del actor, pues de lo contrario, por razones de celeridad procesal, dicho tribunal deberá declarar la inadmisibilidad de la demanda."

SCC 7-11-03, dec. RC y H 1:

"Conforme a la doctrina y reiterada jurisprudencia de esta Sala, para tener acceso a casación es imprescindible que exista un recurrente legítimo, quien deberá cumplir con las siguientes exigencias: ***a) que haya sido parte en la instancia; y b) que tenga interés en recurrir, esto es, porque el fallo de última instancia le haya ocasionado un perjuicio o por haber sido vencido en su totalidad o en parte****.*

Lo expuesto supra, no está expresamente previsto en el ordenamiento legal venezolano, pero se puede abstraer, como principio general, de la exigencia al demandante de un interés jurídico actual para proponer la demanda –artículo 16 del Código de Procedimiento Civil– y de la regla contenida en el artículo 297 eiusdem, de que no podrá apelar de ninguna providencia o sentencia, a quien se le hubiere concedido todo cuanto haya pedido. […]"

SPA 20-05-04, dec. Nº 493:

"(…) En tal sentido, se advierte que la acción mero declarativa es una acción por la cual se persigue eliminar la falta de certeza en torno a la existencia o modalidad de una relación jurídica, es decir, tiene la específica función y la finalidad de declarar la certeza de cuál es la situación jurídica existente entre las partes; con ella se pone fin a la incertidumbre jurídica. Ello, en contraposición a las acciones de carácter constitutivo por las cuales se demanda la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica.

Así, aunque en la sentencia constitutiva también se realiza una declaración de certeza, concretamente, en lo relacionado con la existencia de las condiciones necesarias para que se verifique un cambio en una situación jurídica determinada; además, se realiza el pronunciamiento expreso relacionado con el cambio que operó, como consecuencia de dicha declaración."

SCon 08-06-04, dec. Nº 1109:

"Por ello, dicha vía no resulta idónea cuando esa declaración de certeza puede ser lograda mediante la presentación de una petición de otra índole (verbigracia, una petición de condena de dar, de hacer o de no hacer), o cuando la misma es insuficiente para satisfacer la pretensión del actor de evitar el surgimiento de una controversia jurídicamente relevante."

SCC 25-2-04, dec. 115:

"En el caso bajo estudio se dejó establecido, en la denuncia precedente decidida, que el interés procesal requerido para interponer la acción de simulación no sólo corresponde al acreedor sino a todo aquél que aún sin esa cualidad, tenga interés eventual o futuro en que se declare la inexistencia del acto simulado. Por lo tanto, la cualidad para demandar en el caso concreto de la simulación, es mucho más amplia que el simple interés jurídico actual requerido por el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, el precitado artículo no es la norma aplicable para resolver el punto concreto del interés procesal para recurrir en el caso de la acción de simulación, todo lo cual determina la inaplicabilidad de dicha norma al caso en estudio, por lo que el sentenciador de Alzada no infringió el citado artículo 16."

SCon 18-7-05, dec. 1757:

"(...) el interés procesal es la posición del actor frente a la jurisdicción para obtener de ella la satisfacción de su necesidad de tutela; éste interés subyace en la pretensión inicial del actor y debe subsistir en el curso del proceso.

La falta inicial de esta 'necesidad de tutela' (interés procesal) impide el juicio sobre el mérito de la pretensión del actor y por ello se sanciona con la declaratoria de inadmisibilidad de la pretensión, tal como lo reflejan las causales de inadmisibilidad previstas en el artículo 6 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, varias de las cuales recogen supuestos de falta de interés procesal (por irreparabilidad, cesación, consentimiento, elección de otra vía de protección judicial, p.e.).

Ahora bien, la pérdida del interés puede sobrevenir en el curso del proceso. Es lo que ocurre cuando el actor desiste de su pretensión, caso en el cual se otorga autoridad de cosa juzgada al desistimiento y se declara la extinción del proceso. También puede ocurrir que decaiga únicamente el interés en el procedimiento que se halla en curso, caso en el cual ocurre el desistimiento del procedimiento a que se refiere el artículo 266 del Código de Procedimiento Civil.

Finalmente, puede ocurrir que el interés decaiga por la inacción prolongada del actor o de ambas partes, caso en el cual se extingue la instancia iniciada en protección de determinada pretensión. El Código de Procedimiento Civil señala expresamente los supuestos que configuran la inacción prolongada y que dan lugar a la perención de la instancia. En el caso específico de la inacción prolongada del actor, señala el incumplimiento de ciertas obligaciones procesales como causa de la perención. En la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no consta una regulación semejante, pero en ella se prevé la figura del abandono del trámite, que expresa también el decaimiento del interés del actor, lo cual se deduce del paralelismo entre ese supuesto en la Ley especial y los supuestos de extinción de la instancia, a causa del incumplimiento de las obligaciones del actor, previstas en el artículo 267 del Código de Procedimiento Civil. El abandono del trámite expresa una conducta indebida del actor en el proceso, puesto que revela una actitud negligente que procura la prolongación indefinida de la controversia" (Destacado añadido) (Sentencia n° 982/2001 del 6 de junio, caso: José Vicente Arenas Cáceres)."

SCC 12-4-05, dec. 98:

"En el presente caso, el formalizante alega que en la recurrida está presente el vicio de incongruencia negativa porque no se pronunció sobre un pedimento formulado en el libelo por su contraparte.

Para plantear este tipo de denuncia se requiere que exista un interés legítimo. En otras palabras, es necesario que la decisión dictada por el Juez ocasione un perjuicio o agravio a una de las partes (o de ambas), que impulse el planteamiento de la denuncia para impugnar el pronunciamiento del Juez. […]

Sobre el particular, la Sala en sentencia 05 de febrero de 2002, Caso: 23-21 Oficina Técnica de Construcciones C.A., c/ Banco Unión S.A.C.A. y otra, expresó lo siguiente:

"... El recurrente fundamenta la denuncia de incongruencia negativa en la omisión de pronunciamiento respecto de alegatos formulados en el libelo por su contraparte, los cuales contradijo en la contestación. Al respecto, la Sala considera que el formalizante carece de interés procesal en efectuar tal planteamiento, pues de ser cierto lo aseverado por el formalizante, la única agraviada sería la demandante y sólo ella tendría interés procesal en denunciarlo ante la Sala..."

Artículo 17

El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes.

Es obligación del juez prevenir y sancionar el fraude y la colusión procesales, cada vez que las partes, sus apoderados y en general cualquier persona que intervenga en la actividad judicial, pretendan desviar el proceso y sus actos de su finalidad de hacer justicia, para obtener algún provecho en su beneficio o en beneficio de otros.

Deber de lealtad y probidad en el proceso

El principio de moralidad y probidad en el proceso, de acuerdo a la exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Civil, había sido abandonado en su expresa consagración por la legislación procesal. Resurge en la segunda mitad del siglo XX, y ha sido extensamente desarrollado por la jurisprudencia y doctrina de los últimos años.

En los textos antiguos se aprecia la influencia moral en el derecho con construcciones que mantienen vigencia a pesar del paso del tiempo. Así el Digesto recoge la máxima *Bonae fidei non congruit de apicibus iuris disputare:* No condice con la buena fe el disputar sobre sutilezas jurídicas (Ulpiano Lib. XVII, tit. I, ley 28, IV),

Lealtad es la cualidad de leal, cumplimiento de lo que exigen las leyes de la fidelidad y las del honor y hombría de bien; y leal, en su segunda acepción, es fidedigno, verídico y fiel, en el trato o en el desempeño de un oficio o cargo (DRAE 2001).

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela incluye a los abogados dentro del sistema de justicia, y por ello deben guardar fidelidad a los valores y principios que rigen nuestro sistema, deber recalcado por el Código de Ética Profesional del Abogado:

"Art. 20. La conducta del abogado deberá caracterizarse siempre por la honradez y la franqueza. No deberá aconsejar ni ejecutar actos que puedan calificarse de dolosos, hacer aseveraciones o negaciones falsas, citas inexactas, incompletas o maliciosas, ni realizar acto alguno que pueda entorpecer una eficaz y rápida administración de justicia.

Art. 22. El abogado deberá abstenerse de hacer uso de recusaciones injustificadas y de ejercer otros recursos y procedimientos legales innecesarios, con el solo objeto de entorpecer o retardar la secuela del juicio."

El artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, constituye un desarrollo del principio general contenido en la disposición comentada:

"Las partes, sus apoderados y abogados asistentes deben actuar en el proceso con lealtad y probidad. En tal virtud, deberán:

1º Exponer los hechos de acuerdo a la verdad;

2º No interponer pretensiones ni alegar defensas, ni promover incidentes, cuando tengan conciencia de su manifiesta falta de fundamentos;

3º No promover pruebas, ni realizar, ni hacer realizar, actos inútiles o innecesarios a la defensa del derecho que sostengan.

Parágrafo único: Las partes y los terceros que actúen en el proceso con temeridad o mala fe son responsables por los daños y perjuicios que causaren.

Se presume, salvo prueba en contrario, que la parte o el tercero han actuado en el proceso con temeridad o mala fe cuando:

1º Deduzcan en el proceso pretensiones o defensas, principales o incidentales, manifiestamente infundadas

2º Maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa;

3º Obstaculicen de una manera ostensible y reiterada el desenvolvimiento normal del proceso."

Cualquier desvío de conducta que aleje a las partes y sus apoderados del deber de fidelidad y en general de buena fe, debe ser objeto de sanción en el proceso, pero como en todas las cuestiones morales, en su apreciación se requiere mesura, advierte Rengel-Romberg:

"Como enseña Carnelutti, no toda tentativa del litigante de hacerse conceder la razón, aun si no la tiene, se puede llamar fraude o dolo, si se recuerde que existe un dolus bonus y un dolus malus. Uno de los mayores problemas morales y por ello, uno de los peores riesgos de la abogacía, está en advertir la línea –algunas veces invisible– que separa la astucia del engaño. O como dice Calogero valiéndose de un parangón muy expresivo "Como en el juego, así en el proceso no se hace trampa, pero no se muestran las cartas pues, la corrección en el juego, lo que se mira cuando se propugna la obligación de lealtad, que no implica en absoluto, que el jugador correcto tenga por ello también la obligación de veracidad, de "descubrir al adversario su juego". El proceso –dice Couture– como toda lucha, tiene algunas reglas que castigan la infracción; pero el luchador despliega todos los juegos de la habilidad para vencer sin violar estas reglas." (Rengel-Romberg 1991, I, 146)

Puede ilustrarse la opinión transcrita con un ejemplo extremo: se demanda el cobro de una deuda verbalmente contraída que fue pagada. Si el demandado contesta con la absoluta verdad y acepta la existencia de la obligación, al oponer un pago que no consta de ninguna prueba, seguramente resultará vencido en el proceso, no obstante tener la razón. Entonces, lealtad y probidad en el proceso no pueden verse fuera del contexto de la función de los apoderados, que es representar en juicio, con lo mejor de sus conocimientos, a quien requirió sus servicios. No debe el abogado confundir su función con la de juez, pues al asumir un rol que no le corresponde, desequilibra el proceso; la verdad de la sentencia no será entonces una síntesis de las afirmaciones y probanzas de las partes, sino resultado de la imprudencia o impericia del abogado.

En el proceso civil venezolano cabe contestar la demanda mediante un rechazo genérico y en muchas oportunidades tal es la contestación más acertada, pues conserva en cabeza del demandante la carga de la

prueba. ¿Será contraria al deber de expresar la verdad esta contestación? No. ¿Nos autoriza el deber de fidelidad al cliente a retener o esconder una prueba decisiva? No. Y ello es causa de invalidación del juicio. ¿Por qué son diferentes las situaciones descritas? Porque las características de cada una de estas acciones son diferentes. En el primer caso, la nota más relevante es la debida fidelidad al cliente que obliga a no facilitar la posición del contrario, en tanto que en el segundo tiene preponderancia el deber de fidelidad a la verdad y a la justicia.

FRAUDE PROCESAL

El fraude procesal implica el dolo, caracterizado por la intención de realizar actuaciones procesales para obtener un fin ilícito o inmoral

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ha definido el fraude procesal como las maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio éste, destinados a impedir la eficaz administración de justicia en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero.

"Estas maquinaciones y artificios pueden ser realizados unilateralmente por un litigante, lo que constituye el dolo procesal stricto sensu, o por el concierto de dos o más sujetos procesales, caso en que surge la colusión; y pueden perseguir la utilización del proceso como instrumento ajeno a sus fines de dirimir controversias o de crear determinadas situaciones jurídicas (como ocurre en el proceso no contencioso), y mediante la apariencia procedimental lograr un efecto determinado; o perjudicar concretamente a una de las partes dentro del proceso, impidiendo se administre justicia correctamente.

El fraude puede consistir en el forjamiento de una inexistente litis entre partes, con el fin de crear un proceso dirigido a obtener fallos o medidas cautelares en detrimento de una de las partes, o de terceros ajenos al mismo, lo que constituye la simulación procesal; o puede nacer de la colusión de una persona, que actuando como demandante, se combine con otra u otras a quienes demanda como litisconsortes de la víctima del fraude, también demandada, y que procurarán al concurrir con ella en la causa,

crear al verdadero codemandado situaciones de incertidumbre en relación con la fecha real de citación de todos los demandados; o asistir con él en el nombramiento de expertos, con el fin de privarlo de tal derecho; o sobreactuar en el juicio, en los actos probatorios, etc, hasta convertirlos en un caos. También –sin que con ello se agoten todas las posibilidades– puede nacer de la intervención de terceros (tercerías), que de acuerdo con una de las partes, buscan entorpecer a la otra en su posición procesal." (Scon 4-8-00, dec. 908)

El tema ha sido tratado en sucesivas sentencias de la Sala Constitucional, recogidas por Salvador Benaim en ponencia ante las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Caracas los días 27, 28 y 29 de octubre de 2004.

Una de las formas que puede asumir el dolo procesal es el fraude a la ley, definido como:

"La actividad dirigida a eludir o a provocar la aplicación de una norma suele llamarse fraude de la ley. El fraude de la ley puede cometerse en dos formas: o bien impidiendo que se den los presupuestos de la figura de una norma que crea una obligación, o bien provocando el supuesto de una norma favorable. En el primer caso se, habla de evitación, en el segundo de creación capciosa del supuesto fáctico o bien de "usurpación de una norma jurídica" . El fraude de la ley implica pues un obrar dirigido a provocar o soslayar una norma." (Zeiss 1999, 50)

Es de advertir que entre estas especies de fraude procesal no existen límites claros, por el contrario, sus campos coinciden en parte y los ejemplos fácticos frecuentemente constituyen mezcla de estos supuestos.

Abuso del proceso

Un concepto análogo al fraude procesal ha tenido un desarrollo doctrinal específico. De entrada se puede afirmar que constituye una especie del género abuso de derecho –tenemos derecho a la jurisdicción, pero dentro de los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho (cf. art. 1.185 CC).

En las XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, la ponencia internacional sobre el "Abuso del Proceso" correspondió al procesalista uruguayo Luis María Simón (2004, 190) quien explicó que el abuso en el proceso se presenta tanto cuando el proceso –considerado como un todo– es empleado con mala fe o abusivamente, como en aquellos supuestos en que se insertan en un proceso rectamente promovido o mantenido, vías o actos procesales concretos cuya utilización implica el ejercicio abusivo o de mala fe de los institutos que el ordenamiento procesal pone al alcance de los sujetos intervinientes. Esto es, puede existir "abuso del proceso" como instrumento mismo, porque su sola promoción importa ya vulnerar las pautas que protegen el empleo normal y de buena fe del mecanismo; pero también puede suceder que dentro de un proceso cuya existencia por sí sola no evidencia ejercicio abusivo, la conducta desplegada por los sujetos revele actos u omisiones abusivos o de mala fe.

En general, los ordenamientos jurídicos y los autores definen el abuso por el empleo de los mecanismos procesales con finalidad distinta a la querida por el legislador al establecerlos, por el exceso en el uso, derivado de la conculcación del principio de moralidad; considerándolo una especie dentro del género abuso del derecho, a veces regulado expresamente por la legislación sustantiva.

Para el autor citado, el abuso procesal puede consistir en un abuso en el ejercicio del derecho de acción, en el ejercicio del derecho a la defensa o en el uso de los instrumentos procesales en general.

*Como **abuso del derecho a reclamar la tutela jurisdiccional,** se destaca el emprendimiento de "aventuras judiciales" con fines extorsivos, en búsqueda de una rápida y beneficiosa autocomposición ya que la existencia misma del proceso puede llevar a la contraparte a verse forzada a conciliar (v.g. procesos de amparo con amplia cobertura de medios masivos de comunicación; cuestionamiento de la reputación comercial o industrial); pues la sola pendencia de la discusión no decidida por sentencia, puede resultar en ocasiones más gravosa que cualquier solución convencionalmente adoptada. […]*

Examinado el ejercicio de la acción desde la óptica del demandado, resulta frecuente la cita de hipótesis de ***defensas de mala fe o abusivas,*** *desarrolladas usualmente con el objetivo de dilatar el curso del proceso, postergando así que se alcance la cosa juzgada y la posibilidad de ejecución. A vía de ejemplo, se alude al entorpecimiento reiterado al desarrollo normal del proceso, al abuso en el ejercicio de los medios de defensa y oposición de resistencia injustificada al progreso del proceso o a la oposición cuya falta de fundamento no debía ignorarse.* (Simón 2004, 197-198)

Por último nos habla Simón del abuso de los instrumentos procesales en general como un atentado contra la jurisdicción (*discontempt of Jurisdiction or discontempt of Court*) que incluiría oponer resistencia injustificada al desarrollo del proceso y resistirse a la ejecución de la decisión:

"Particularmente frecuentes en los repertorios jurisprudenciales son los casos de discontempt of Jurisdiction y discontempt of Court, oponiéndose trabas o resistencias al cumplimiento de mandatos judiciales (especialmente en fases o etapas de ejecución) o atentándose contra la dignidad de la Justicia (lesionándose su imagen); entre los cuales puede citarse la falta de colaboración de las partes o terceros para la incorporación de prueba a la causa y las violaciones del deber de veracidad que para algunos regímenes y autores se encuentra vigente en todo proceso civil." (Idem, 199)

Prevención y sanción del fraude

La prevención del fraude procesal corresponde, en primer término, a los jueces tal como lo señala Mariolga Quintero (2002, 2797) en su exposición sobre el abuso del proceso:

"La exigencia de actuar de buena fe impone al juez no un comportamiento displicente, sino oportuno y diligente, por la implicancia de la garantía procesal constitucional de la legalidad del proceso (articulo 49 ordinal 3°), y tiene el deber de revelar la conducta indebida, aun de oficio, aunque en mi opinión con audiencia previa de ambas partes (a través del incidente innominado contemplado en el artículo 607 de la Ley Adjetiva Civil), para lo cual también está permisado por los Códigos sobre la materia (artículos 206 y 212 del Código de Procedimiento Civil y, 207 y 212 del

Código Orgánico Procesal Penal); y por entrañar la violación del imperativo ético al que deben ajustar sus conducta los sujetos del proceso.”

Sin embargo, poco podrán lograr los jueces sin la sanción moral de la sociedad en general y del gremio de abogados en particular, dirigida a reprobar y excluir este tipo de conductas. En una sociedad permisiva, signada por la ley del más astuto y el lucro a todo evento, las conductas fraudulentas son percibidas como indicio de eficiencia profesional. Olvidan que el abogado que engaña a todos, no es buen guardián de los negocios encomendados.

Por otra parte, hasta la fecha han resultado inoperantes los órganos de control de los Colegios de Abogados, quienes tienen a su cargo la represión de las conductas ajenas a la ética profesional.

La primera sanción al fraude procesal consiste en la falta de validez de las actuaciones de alguna manera fraudulentas. En cuanto al modo de hacer valer esa inutilidad de los actos fraudulentos, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia arriba reseñada (SCon 04-08-00, dec. Nº 909) distinguió el fraude cometido en un solo proceso de aquel producto de actividades procesales diversas:

“Cuando el fraude ocurre dentro de un solo proceso, puede detectarse y hasta probarse en él, ya que allí pueden estar todos los elementos que lo demuestren; pero la situación cambia cuando el fraude es producto de diversos juicios, donde los incursos en colusión actúan cercando a la víctima, y donde las partes de los procesos son distintas, excepto la víctima y tal vez uno de los incursos en colusión. Pretender que en cada proceso haya que plantear por vía incidental el fraude, es dejar indefensa a la víctima, ya que en cada uno de ellos no se podrá alegar la colusión de las diversas personas que conforman el círculo artero, puesto que ellas pueden no ser partes en todos los juicios, y mal podría declararse el fraude múltiple producto de la combinación entre ellos, sin oírlos. De allí, que en supuestos como éstos, la única manera de constatarlo es mediante una demanda que englobe a todos los partícipes, donde –además– se les garantiza el derecho de defensa. Nacen así, dos vías procesales para enervar el dolo procesal en general, de acuerdo con la situación como se manifiesta, una acción

principal o un incidente dentro del proceso donde tiene lugar, si ello fuese posible.

La utilización del proceso para fines contrarios a los que le son propios, es de la naturaleza del hecho ilícito, del fraude a la ley y de la simulación, y cuando se acude a la demanda para su constatación, ella no persigue indemnizaciones sino nulidades, tal como acontece en el fraude a la ley o en la simulación; aunque nada obsta para que la declaratoria de nulidad conduzca a una indemnización posterior. Acciones que no buscan indemnizaciones a pesar de que la pretensión se funda en el hecho ilícito –por ejemplo– no son ajenas al derecho procesal, tal como ocurre en el procedimiento de tacha de falsedad instrumental por vía principal, donde lo que se persigue es la declaración de que un instrumento es falso, sin que medie reparación pecuniaria alguna. Se trata de la falsedad de la prueba para que rinda un beneficio procesal en la causa donde se la hace valer.

Sin embargo, siempre hay que distinguir, en materia de fraude procesal, entre dolo procesal específico (estricto), donde uno de los sujetos procesales, en uno o varios actos, trata de perjudicar ilegítimamente a otro, sin que haya un concierto entre varios "litigantes o intervinientes", y el fraude procesal o colusión en sentido amplio, que implica el concierto de varios sujetos procesales (lo que puede incluir jueces).

Pero cuando el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, considera el fraude procesal como una categoría propia y particular, proyectada hacia el proceso, lo separa como forma concreta de figuras con las cuales se conecta y que son más generales, como el fraude a la ley y la simulación.

Muchos fraudes procesales involucran un fraude a la ley, ya que se utiliza a ésta, a las formas procesales que ella crea, como artificio, dando una apariencia de legalidad a las maquinaciones; pero además, tales artificios son formas de simular lo que se esconde, de allí que autores como Walter Zeiss (El Dolo Procesal. EJEA. Buenos Aires 1979), *lo denominen "simulación procesal".*

Cuando el dolo procesal estricto es detectado, por aplicación del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, el remedio es la nulidad de los actos dolosos, declaración que puede plantearse en el proceso donde aquél

ocurre, o cuya declaración se logra por la vía de la invalidación, si fuere el caso, como lo prevén los ordinales 1° y 2° del artículo 328 eiusdem.

Para desenmascarar y evitar el fraude colusivo, que se caracteriza porque con las maquinaciones se forman diferentes procesos, hay que interponer una acción contra todos los colusionados, ya que de pedir la declaración del fraude en cada proceso por separado, sobre todo si en cada uno de ellos actúan partes distintas, se haría imposible la prueba de la colusión, debido a que los hechos (artificios y maquinaciones) referentes a las partes de los otros procesos, no se podrían dilucidar en un juicio donde ellos no son partes.

Si la simulación y el fraude a la ley, entendido éste como actividad dirigida a eludir o a provocar la aplicación indebida de una norma, a objeto de contravenir el sentido y la finalidad de la ley, dan lugar a demandas autónomas para que se declare la falsedad de las situaciones que se crean en el ámbito del derecho material, no hay ninguna razón que impida que el específico fraude procesal no origine demandas autónomas destinadas a obtener declaraciones judiciales que anulen procesos que en el fondo pueden obrar como simulaciones o fraudes a la ley.

Las figuras específicas del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil (fraude procesal y colusión), no puede pensarse que hayan sido diseñadas para su aplicación únicamente a los procesos en marcha. Se trata de un deber procesal amplio que hay que cumplir, y que mediante el juicio ordinario puede dar lugar a que se declare: la inexistencia de los procesos fraudulentos y la anulación de los actos o causas fingidas, ya que ellos no persiguen dirimir controversias en un plano de igualdad entre partes. Si el juez detecta de oficio el fraude puede declararlo, tal como lo hizo esta Sala en fallo de fecha 9 de marzo de 2000 (expediente N° 00-0126), y antes lo había dispuesto así la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fecha 24 de abril de 1998 (caso Andrés Asdrúbal Páez vs. Constructora Concapsa C.A.); en consecuencia, no hay razón para que las partes, víctimas del dolo, no puedan solicitarlo.

En decisiones posteriores se precisó la posibilidad de que aun en un juicio de amparo, si el juez constitucional detecta el fraude, puede declarar la inexistencia del proceso:

"Ahora bien, al igual que con el fraude procesal, el procedimiento de amparo constitucional no es la vía idónea para hacer declarar judicialmente la existencia del fraude a la ley, sino el juicio ordinario. No obstante, se advierte que aun cuando resulte inadmisible el amparo constitucional con ese propósito, si, a juicio de la Sala, del expediente surgen elementos que demuestren inequívocamente la utilización de las leyes con fines diversos a los que constituyen su naturaleza, podrá ser declarado el fraude y, por ende, la inexistencia del acto, cumpliendo así la función tuitiva del orden público que compete a este Alto Tribunal." (SCon 1-10-04, dec. 2333)

El criterio de la Sala Constitucional no desarrolla el principio legal y constitucional de la cosa juzgada, al determinar que la sola demostración del fraude conduce a la inexistencia y por consiguiente a la inutilidad legal de las actuaciones procesales y de las sentencias producto del fraude.

Es necesario insistir en que el único caso de inexistencia de una decisión judicial está previsto en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil: "*No se considerará como sentencia ni se ejecutará, la decisión a cuyo pronunciamiento aparezca que no han concurrido todos los jueces llamados por la ley, ni la que no esté firmada por todos ellos.*" Esta regla constituye una de las excepciones legales al principio de la cosa juzgada formal: "*Ningún juez podrá volver a decidir la controversia ya decidida por una sentencia, a menos que haya recurso contra ella o que la ley expresamente lo permita*"; fuera de este caso no se debe hablar de inexistencia, la cual no requiere de declaración judicial, sino de nulidad del acto o de los actos, ordenada por un juez.

Ahora bien, uno de los casos legales y constitucionales en el cual se permite la revisión de una sentencia definitivamente firme es el amparo constitucional, el cual tiene un procedimiento breve y expedito establecido en la ley. Si este procedimiento no es apto para sustanciar un determinado amparo, por la complejidad de las situaciones debatidas, el juez constitucional, siempre actuando en sede constitucional, puede desaplicar el procedimiento de amparo y tramitar la cuestión mediante el procedimiento ordinario, para lograr la efectiva protección de los

derechos constitucionales. Se trataría, entonces, de un amparo tramitado por el procedimiento ordinario, por el mismo juez constitucional.

JURISPRUDENCIA

SCC 25-06-03, dec. Nº 308:

(…) El nuevo Código de Procedimiento Civil introdujo los principios de la lealtad y probidad en el proceso, al instar al Juez a tomar de oficio o a petición de parte todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendientes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesal, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes (art. 17 CPC). Como es sobradamente conocido, existen diversos modos de burlar el derecho de defensa de los justiciables; pero hay situaciones de mayor intensidad en las cuales el dolo y la mala fe procesales son los rasgos dominantes de la indefensión y del fraude que aquella genera. Se trata de casos en los cuales, mediante el uso de una contención dolosamente fingida, se pretende tenderle una emboscada procesal a una de las partes o a un tercero. Esta situación no había tenido hasta ahora respuesta adecuada por parte de la jurisprudencia hasta la sentencia de la Sala Constitucional de fecha 9 de marzo de 2000, citada por el recurrente en la fundamentación de esta denuncia. En el fondo, se encuentra siempre el contraste entre dos actitudes del litigante: la de la temeridad y audacia, con posible daño al adversario; y la del litigante que procede habiendo ponderado previamente el fundamento de su demanda, que sigue el mandato moral de no litigar de mala fe, porque está convencido de tener la razón.

El elemento característico del fraude procesal es el fin, porque consiste en desviar el proceso de su curso normal, que es la sentencia definitiva de última instancia que ponga fin a la controversia. Carnelutti recomienda como arma contra el fraude el proceso contradictorio, porque las partes contienden abiertamente y al Juez le es relativamente fácil controlar cualquier desviación que ocurra. Cuando ambas partes se ponen de acuerdo, desaparece el contradictorio y surge entonces el llamado proceso fraudulento (Vid. Contra el Proceso Fraudulento. Revista de Derecho Procesal Civil. 1926. II, p 14 y ss). La Sala Constitucional, en su fallo de fecha 9 de marzo de 2000 (Caso: José Alberto Zamora Quevedo), maneja fundamentalmente dos conceptos: El levantamiento del velo judicial y el fraude procesal; el primero, busca escudriñar en la interioridad del proceso para así encontrar la verdad material. En el segundo, el elemento dolo es esencial. En el caso, la declaratoria del fraude sirvió de fundamento para declarar nulo el proceso simulado. La doctrina señala que la noción de fraude procesal, al cual se refiere el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, no está definida y que, junto con la colusión, son dos figuras afines que suponen una configuración o concierto doloso para perjudicar a una de las partes o a un tercero. La figura del Juez aparecería como cómplice, si se le puede comprobar que tuvo conocimiento de los hechos fraudulentos y no ejerció la facultad prevista por el artículo 11 ibid. La actuación de las partes que incurren en fraude tiene que ser dolosa; la del Juez basta

que sea culposa, pues éste tiene el deber de actuar para resguardar el orden público y las buenas costumbres (Vid. Escovar León Ramón. Estudios sobre Casación Civil. Colección Estudios Jurídicos. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas. Venezuela 2000. p. 331 y ss).

Una denuncia genérica de fraude procesal, sin especificar, por ejemplo, los actos que la ley declara nulos sin atender más que a su cualidad, como hechos en fraude de sus disposiciones, según lo expresa el ordinal 1° del artículo 1395 del Código Civil, citado en esta denuncia como infringido por el recurrente, no puede tener éxito, porque era indispensable que el recurrente demostrara que los presuntos actos ilícitos practicados de mala fe por las instituciones y los hombres que identifica por sus nombres y apellidos, operaron como hechos impeditivos del derecho reclamado y que hubo circunstancias extrañas que privaron a los distintos actos procesales desarrollar el efecto que le es normal y constituye su razón de ser. No debe olvidarse que, no toda tentativa del litigante de hacerse conceder la razón, aun si no la tiene, se puede calificar de fraude o dolo cometido en perjuicio de su adversario, sobre todo si se recuerda que en la materia existe el dolus bonus y un dolus malus. Nada de esto quedó demostrado en la larga enumeración de hechos y circunstancias enunciadas por el recurrente en esta denuncia. Al contrario, a juicio de la Sala Accidental, resulta al menos un abuso de derecho imputarle a una institución mercantil haber cobrado "garantías en exceso al valor de las importaciones y utilizado para propios fines", sin poder aportar los hechos, las circunstancias y, sobre todo, las pruebas que apoyarían tan delicados y complejos cargos."

SCon 04-08-00, dec. Nº 909:

"Antes de la vigencia del actual Código de Procedimiento Civil, la cuestión del dolo procesal, entendido éste en sentido amplio (lo que abarca a la colusión, el fraude, la simulación y el abuso de derecho), carecía en las leyes de una declaratoria general que lo rechazara (apenas si el artículo 15 de la Ley de Abogados se refería al principio de lealtad procesal), pero una serie de disposiciones puntuales lo contemplaban y lo combatían, tales como las multas a las partes provenientes de la actividad procesal, la condena en costas al litigante temerario, y hasta la eximente de las mismas, en los casos en que el actor demandara sin motivo, y el demandado conviniese en la demanda (situación recogida en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 282).

Pero a partir del vigente Código de Procedimiento Civil, en forma genérica y no puntual, el dolo procesal y sus efectos aparece recogido en el ordenamiento procesal, cuando el ordinal 1° del artículo 170 crea en las partes el deber de veracidad (exponer los hechos de acuerdo a la verdad), mientras que el artículo 17 al desarrollar el deber de lealtad y probidad en el proceso por parte de los litigantes, ordena la prevención de la colusión y el fraude procesal (máximo exponente del dolo procesal).

Aparece así, como categoría propia y muestra del dolo procesal (entendido en un sentido amplio), el fraude procesal, resultando impretermitible establecer, si éste sólo puede ser perseguido "con las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar", lo que podía ser interpretado desde un punto de vista estricto: que su sanción se logra sólo con los medios prevenidos expresamente para obrar

dentro del proceso, o si su interpretación debe ser más amplia, y el dolo en todas sus manifestaciones puede ser impedido y enervado con los medios sancionatorios generales, dispuestos en la ley.

A juicio de esta Sala, al crearse como categorías específicas la colusión y el fraude procesales, dentro de los principios o disposiciones fundamentales del Código de Procedimiento Civil que rigen el proceso, tales conductas deben ser interpretadas como reprimibles en forma general, independientemente de los correctivos específicos que aparecen en las leyes, ya que el legislador en lugar de perseguir actuaciones puntuales, como lo hizo hasta la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1916, ha establecido una declaración prohibitiva general, la que a su vez se conecta con la tuición del orden público y las buenas costumbres a cargo del Juez en el proceso (artículo 11 del Código de Procedimiento Civil); y que en estos momentos también se conecta con el derecho a la tutela judicial efectiva, del cual deben gozar los que acceden a los órganos judiciales, al igual que a obtener de éstos una justicia idónea, transparente y eficaz (artículos 26 y 257 de la vigente Constitución). En consecuencia, el fraude procesal (dolo) puede ser atacado con el fin de hacerle perder sus efectos, sin necesidad de acudir a especiales supuestos de hecho señalados en la ley, para específicas situaciones, las cuales de todos modos siguen vigentes.

El fraude procesal o dolo genérico tiene especies, tales como el dolo específico (puntual), la colusión, la simulación y hasta el abuso de derecho, como infracción al deber de lealtad procesal, y dados los alegatos y referencias del accionante en su confuso escrito de amparo, es el fraude procesal el que debe analizar en este caso esta Sala. El se encuentra contemplado en el artículo 17 aludido, el cual reza:

"El Juez deberá tomar de oficio o a petición de parte, todas las medidas necesarias establecidas en la ley, tendentes a prevenir o a sancionar las faltas a la lealtad y probidad en el proceso, las contrarias a la ética profesional, la colusión y el fraude procesales, o cualquier acto contrario a la majestad de la justicia y al respeto que se deben los litigantes."

Las medidas necesarias establecidas en la ley, son tanto las particulares para situaciones prevenidas, como las de efectos generales, nacidas de las instituciones jurídicas.

El fraude procesal puede ser definido como las maquinaciones y artificios realizados en el curso del proceso, o por medio éste, destinados, mediante el engaño o la sorpresa en la buena fe de uno de los sujetos procesales, a impedir la eficaz administración de justicia, en beneficio propio o de un tercero y en perjuicio de parte o de tercero. Estas maquinaciones y artificios pueden ser realizados unilateralmente por un litigante, lo que constituye el dolo procesal stricto sensu, o por el concierto de dos o más sujetos procesales, caso en que surge la colusión; y pueden perseguir la utilización del proceso como instrumento ajeno a sus fines de dirimir controversias o de crear determinadas situaciones jurídicas (como ocurre en el proceso no contencioso), y mediante la apariencia procedimental lograr un efecto determinado; o perjudicar concretamente a una de las partes dentro del proceso, impidiendo se administre justicia correctamente.

El fraude puede consistir en el forjamiento de una inexistente litis entre partes, con el fin de crear un proceso dirigido a obtener fallos o medidas cautelares en detrimento de

una de las partes, o de terceros ajenos al mismo, lo que constituye la simulación procesal; o puede nacer de la colusión de una persona, que actuando como demandante, se combine con otra u otras a quienes demanda como litisconsortes de la víctima del fraude, también demandada, y que procurarán al concurrir con ella en la causa, crear al verdadero codemandado situaciones de incertidumbre en relación con la fecha real de citación de todos los demandados; o asistir con él en el nombramiento de expertos, con el fin de privarlo de tal derecho; o sobreactuar en el juicio, en los actos probatorios, etc, hasta convertirlos en un caos. También –sin que con ello se agoten todas las posibilidades– puede nacer de la intervención de terceros (tercerías), que de acuerdo con una de las partes, buscan entorpecer a la otra en su posición procesal.

Se está ante una actividad procesal real, que se patentiza, pero cuyos fines no son la resolución leal de una litis, sino perjudicar a uno de los litigantes o a los terceros (incluso ajenos a cualquier proceso), pudiéndose dar el caso que el actor convierta a los posibles testigos del demandado en codemandados, para evitar que puedan testimoniar a su favor en dicha causa. El fraude procesal puede tener lugar dentro de un proceso, o mediante la creación de varios juicios, en apariencia independientes, que se van desarrollando para formar con todos ellos una unidad fraudulenta, dirigida a que en una o varias causas la víctima quede indefensa o disminuida en su derecho, aunque los procesos aparezcan desligados entre sí, con diversas partes y objetos, que hasta podrían impedir su acumulación. Se trata de varias personas concertadas entre sí que demandan consecutiva o coetáneamente a otra, y que fingen oposición de intereses, o intereses distintos, pero que en realidad conforman una unidad de acción; fingimiento que igualmente puede ocurrir dentro de una causa, si el actor demanda junto a la víctima, a quienes se hallan en colusión con él.

En esta última forma de fraude (varios procesos), el derecho de defensa de las víctimas de estas actividades se haría nugatorio, si a pesar del interés procesal actual que ellos tienen (artículo 16 del Código de Procedimiento Civil) de evitar el perjuicio que tal colusión les causa, no pudieran accionar con el fin de que se anularan todos los procesos fraudulentos, sobre todo ante la reticencia de la jurisdicción penal de no considerar a estas maquinaciones de variada índole como tipificadoras del delito de estafa, o en algunos casos del de prevaricación, como cuando la colusión proviene del apoderado de una de las partes.

Pretender que la víctima no pueda pedir en juicio ordinario autónomo, la nulidad de los diversos y concatenados procesos fraudulentos preparados para perjudicarla, obligándola a pedir la nulidad en cada uno de ellos, cuando allí no podrá probar el fraude, ni la colusión, dentro del lapso fijado en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil, previsto para las necesidades del procedimiento, y el cual tiene una limitada articulación probatoria de ocho días de despacho, es entronizar el dolo y premiar a los litigantes de mala fe.

Cuando el fraude ocurre dentro de un solo proceso, puede detectarse y hasta probarse en él, ya que allí pueden estar todos los elementos que lo demuestren; pero la situación cambia cuando el fraude es producto de diversos juicios, donde los incursos en colusión actúan cercando a la víctima, y donde las partes de los procesos son distintas,

excepto la víctima y tal vez uno de los incursos en colusión. Pretender que en cada proceso haya que plantear por vía incidental el fraude, es dejar indefensa a la víctima, ya que en cada uno de ellos no se podrá alegar la colusión de las diversas personas que conforman el círculo artero, puesto que ellas pueden no ser partes en todos los juicios, y mal podría declararse el fraude múltiple producto de la combinación entre ellos, sin oírlos. De allí, que en supuestos como éstos, la única manera de constatarlo es mediante una demanda que englobe a todos los partícipes, donde -además- se les garantiza el derecho de defensa. Nacen así, dos vías procesales para enervar el dolo procesal en general, de acuerdo con la situación como se manifiesta, una acción principal o un incidente dentro del proceso donde tiene lugar, si ello fuese posible.

La utilización del proceso para fines contrarios a los que le son propios, es de la naturaleza del hecho ilícito, del fraude a la ley y de la simulación, y cuando se acude a la demanda para su constatación, ella no persigue indemnizaciones sino nulidades, tal como acontece en el fraude a la ley o en la simulación; aunque nada obsta para que la declaratoria de nulidad conduzca a una indemnización posterior. Acciones que no buscan indemnizaciones a pesar de que la pretensión se funda en el hecho ilícito –por ejemplo– no son ajenas al derecho procesal, tal como ocurre en el procedimiento de tacha de falsedad instrumental por vía principal, donde lo que se persigue es la declaración de que un instrumento es falso, sin que medie reparación pecuniaria alguna. Se trata de la falsedad de la prueba para que rinda un beneficio procesal en la causa donde se la hace valer.

Sin embargo, siempre hay que distinguir, en materia de fraude procesal, entre dolo procesal específico (estricto), donde uno de los sujetos procesales, en uno o varios actos, trata de perjudicar ilegítimamente a otro, sin que haya un concierto entre varios "litigantes o intervinientes", y el fraude procesal o colusión en sentido amplio, que implica el concierto de varios sujetos procesales (lo que puede incluir jueces).

Pero cuando el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, considera el fraude procesal como una categoría propia y particular, proyectada hacia el proceso, lo separa como forma concreta de figuras con las cuales se conecta y que son más generales, como el fraude a la ley y la simulación.

Muchos fraudes procesales involucran un fraude a la ley, ya que se utiliza a ésta, a las formas procesales que ella crea, como artificio, dando una apariencia de legalidad a las maquinaciones; pero además, tales artificios son formas de simular lo que se esconde, de allí que autores como Walter Zeiss (El Dolo Procesal. EJEA. Buenos Aires 1979), lo denominen "simulación procesal".

Cuando el dolo procesal estricto es detectado, por aplicación del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, el remedio es la nulidad de los actos dolosos, declaración que puede plantearse en el proceso donde aquél ocurre, o cuya declaración se logra por la vía de la invalidación, si fuere el caso, como lo prevén los ordinales 1° y 2° del artículo 328 eiusdem.

Para desenmascarar y evitar el fraude colusivo, que se caracteriza porque con las maquinaciones se forman diferentes procesos, hay que interponer una acción contra todos los colusionados, ya que de pedir la declaración del fraude en cada proceso por

separado, sobre todo si en cada uno de ellos actúan partes distintas, se haría imposible la prueba de la colusión, debido a que los hechos (artificios y maquinaciones) referentes a las partes de los otros procesos, no se podrían dilucidar en un juicio donde ellos no son partes.

Si la simulación y el fraude a la ley, entendido éste como actividad dirigida a eludir o a provocar la aplicación indebida de una norma, a objeto de contravenir el sentido y la finalidad de la ley, dan lugar a demandas autónomas para que se declare la falsedad de las situaciones que se crean en el ámbito del derecho material, no hay ninguna razón que impida que el específico fraude procesal no origine demandas autónomas destinadas a obtener declaraciones judiciales que anulen procesos que en el fondo pueden obrar como simulaciones o fraudes a la ley.

Las figuras específicas del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil (fraude procesal y colusión), no puede pensarse que hayan sido diseñadas para su aplicación únicamente a los procesos en marcha. Se trata de un deber procesal amplio que hay que cumplir, y que mediante el juicio ordinario puede dar lugar a que se declare: la inexistencia de los procesos fraudulentos y la anulación de los actos o causas fingidas, ya que ellos no persiguen dirimir controversias en un plano de igualdad entre partes. Si el Juez detecta de oficio el fraude puede declararlo, tal como lo hizo esta Sala en fallo de fecha 9 de marzo de 2000 (expediente N° 00-0126), y antes lo había dispuesto así la Sala de Casación Civil de la extinta Corte Suprema de Justicia, en fecha 24 de abril de 1998 (caso Andrés Asdrúbal Páez vs. Constructora Concapsa C.A.); en consecuencia, no hay razón para que las partes, víctimas del dolo, no puedan solicitarlo."

SCon 18-05-01, dec. Nº 776:

"(…) Puede argüirse, que tratándose de un abuso de derecho, el cual parte de la utilización de mala fe del derecho de acción, se hace necesario que la víctima oponga formalmente tal situación, ya que ella es la que puede calificar si la actividad de mala fe de su contraparte la perjudica; pero ello no es cierto, desde el momento que el artículo 17 del Código de Procedimiento Civil, convierte al Juez en tutor de la lealtad y probidad que deben mantener las partes en el proceso, y además lo faculta para tomar de oficio las medidas tendentes a evitar la deslealtad. Una acción ejercida con fines ilícitos, no puede ser admitida y debe declararse de oficio su inadmisibilidad cuando se detecte el abuso de derecho.

6) Pero también existe ausencia de acción, y por aparente debe rechazarse, cuando el accionante no pretende que se le administre justicia, y a pesar que formalmente cumpla las exigencias, su petición es que un órgano no jurisdiccional, o de una instancia internacional ajena a la jurisdicción nacional, conozca y decida la causa. Se está accediendo a la justicia exactamente para lo contrario, para que no se administre. Se acude a la jurisdicción, para que ésta no actúe.

De nuevo estamos ante una manifestación de falta de interés, pero que por su connotación puede señalarse como una categoría propia de inadmisibilidad de la acción, ya que ésta, como otras de las situaciones ya señaladas, producen efectos que van más allá de la simple declaratoria de la falta de acción o de su inadmisibilidad.

7) Por último, y al igual que las de los números anteriores se trata de situaciones que señala la Sala a título enunciativo y que no impiden que haya otras no tratadas en este fallo, debe la Sala apuntar que los escritos de demanda que atenten contra la majestad de la justicia y contra el Código de Ética Profesional del Abogado (en cuanto a lo que suscribe el profesional del derecho), influyen también sobre el derecho a la acción. Una acción cuyo fin, así sea indirecto, es atentar contra la majestad de la justicia, injuriando a quien va a administrarla, poniendo en duda al juzgador, descalificándolo ***ab initio****, o planteando los más descabellados y extravagantes pedimentos, es inadmisible, ya que en el fondo no persigue una recta y eficaz administración de justicia. Se utiliza al proceso con un fin distinto al que le corresponde, y para ello no es el acceso a la justicia que garantiza la Constitución vigente.*
Tratándose la acción de un presupuesto procesal para acceder a la jurisdicción, su falta o su inadmisibilidad puede ser declarada en cualquier estado y grado del proceso, inclusive en casación, y estos ejercicios de la acción con fines ilícitos, el Juez debe calificarlos, y máxime este Tribunal Supremo, en cualquiera de sus Salas, debido a la letra del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, la que le permite, al menos al Tribunal Supremo de Justicia, tomar medidas generales tendentes al cumplimiento del artículo 17 del Código de Procedimiento Civil.”

SCS 10-05-05, dec. Nº 0434:

“Visto lo anterior, se advierte que el proceso, por su naturaleza y fines, requiere que las partes, apoderados y abogados asistentes observen un adecuado comportamiento, pues es deber insoslayable de los intervinientes en el mismo, colaborar con la recta administración de justicia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 del Código de Ética Profesional del Abogado; además, se debe actuar en el proceso con lealtad y probidad, exponiendo los hechos de acuerdo con la verdad, y no interponiendo defensas manifiestamente infundadas y maliciosas, tal como lo prevé el artículo 170 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo; y se presume, salvo prueba en contrario, que la parte ha actuado con temeridad o mala fe cuando deduzca en el proceso pretensiones o defensas principales o incidentales, manifiestamente infundadas y cuando maliciosamente alteren u omitan hechos esenciales a la causa, o cuando obstaculicen el desenvolvimiento normal del proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 170 eiusdem.
En este sentido, el Tribunal Constitucional Español, mediante sentencia N° 90 de fecha 4 de junio de 1990, estableció que “no se obra con la necesaria probidad y buena fe al formular la demanda basada en premisas fácticas que tanto el actor como su letrado deberían saber que eran contrarias a la verdad, desconociendo así la obligación de buena fe que debe respetarse en todo tipo de procedimiento...e incurriendo en temeridad y abuso de derecho”. Mutatis mutandi, igualmente actúa con temeridad y abuso de derecho el abogado que anuncia recurso de casación en un juicio que no alcanza la cuantía necesaria para la admisibilidad del señalado recurso extraordinario.”

SCon 1-10-04, dec. 2333:

"Ya para pronunciarse acerca del mérito del asunto, esta Sala debe indicar que la idea de fraude a la ley mediante la simulación se conecta con la posibilidad de servirse de normas jurídicas para lograr con ellas finalidades que no son las dispuestas por el Derecho. En tal sentido, el "fraude a la ley" consiste en una conducta que aparenta ser conforme a una norma (norma de cobertura), pero que produce un resultado contrario a otra (norma defraudada).

Ahora bien, al igual que con el fraude procesal, el procedimiento de amparo constitucional no es la vía idónea para hacer declarar judicialmente la existencia del fraude a la ley, sino el juicio ordinario. No obstante, se advierte que aun cuando resulte inadmisible el amparo constitucional con ese propósito, si, a juicio de la Sala, del expediente surgen elementos que demuestren inequívocamente la utilización de las leyes con fines diversos a los que constituyen su naturaleza, podrá ser declarado el fraude y, por ende, la inexistencia del acto, cumpliendo así la función tuitiva del orden público que compete a este Alto Tribunal.

En relación con este punto, es oportuno precisar que, para la declaración del fraude en sede constitucional, es necesario que, de los medios de prueba que consten en el expediente, aparezca patente o manifiesto el empleo de la ley con fines distintos de los que le corresponden, lo cual presupone que la complejidad del asunto no sea de tal magnitud que haga necesario el amplio debate contradictorio -en especial el probatorio- propio del juicio ordinario, para establecer hechos relevantes en cuanto al fraude denunciado."

Artículo 18

Los funcionarios judiciales son responsables conforme a la ley de las faltas y delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones.

Según la exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se mantiene la garantía según la cual todo acto dictado en ejercicio del Poder Público que viole o menoscabe los derechos garantizados por la Constitución y la ley es nulo; y los funcionarios públicos que los ordenen o ejecuten incurren en responsabilidad penal, civil y administrativa, según los casos, sin que les sirvan de excusas órdenes superiores. La Constitución incluye dentro del supuesto de esta garantía, los derechos humanos garantizados por la Constitución, así como los reconocidos por las leyes, en atención al sistema de fuentes que en esta materia consagra el texto constitucional, y con el objeto de ampliar y reforzar la protección de los derechos humanos.

En tal sentido, la Constitución establece la responsabilidad de los jueces de manera más amplia que la norma procesal comentada:

"Los jueces o juezas son personalmente responsables, en los términos que determine la ley, por error, retardo u omisiones injustificados, por la inobservancia sustancial de las normas procesales, por denegación, parcialidad, y por los delitos de cohecho y prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones."

Queda completo el sistema con el establecimiento en el mismo texto constitucional de la responsabilidad del Estado:

Artículo 49 […] 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Tal como lo explica VÉSCOVI (1984, 135, 136) la responsabilidad es el complemento indispensable de la independencia y debe resultar más exigente en cuanto ésta es mayor.

"El poder judicial como tal, podríamos decir, aunque también se involucra a los magistrados individualmente, tiene, ante todo, una responsabilidad política; puesto que, en la mayoría de los países, los miembros del tribunal supremo (Suprema Corte de Justicia, etc.) pueden ser objeto del juicio político, al igual que los miembros del poder ejecutivo y otros titulares de órganos superiores del Estado."

Sin embargo, la responsabilidad personal de los jueces y demás funcionarios judiciales por los actos u omisiones ilegales, negligentes o imprudentes en el ejercicio de sus funciones, es principalmente de tres órdenes: responsabilidad disciplinaria, responsabilidad civil y responsabilidad penal. Además, los funcionarios judiciales que administren recursos del Estado y los magistrados del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de funciones administrativas están sujetos a la responsabilidad administrativa general de todos los funcionarios públicos, pero los supuestos de responsabilidad administrativa previstos en el artículo 91 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República y del Sistema Nacional de Control Fiscal, carecen de relación con el control de la actividad jurisdiccional.

RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

La responsabilidad disciplinaria de los jueces conforma un tipo especial de responsabilidad administrativa, reclamada por órganos administrativos que no están en relación jerárquica con los jueces, pues éstos son autónomos en el ejercicio de la función de juzgar, que es necesario examinar en primer término, no obstante su menor interés teórico, porque es el control más frecuente y efectivo de la función judicial.

Establece la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, lo siguiente:

"Artículo 267. Corresponde al Tribunal Supremo de Justicia la dirección, el gobierno y la administración del Poder Judicial, la inspección y

vigilancia de los tribunales de la República y de las Defensorías Públicas. Igualmente, le corresponde la elaboración y ejecución de su propio presupuesto y del presupuesto del Poder Judicial.

La jurisdicción disciplinaria judicial estará a cargo de los tribunales disciplinarios que determine la ley.

El régimen disciplinario de los magistrados o magistradas y jueces o juezas estará fundamentado en el Código de Ética del Juez venezolano o Jueza venezolana, que dictará la Asamblea Nacional. El procedimiento disciplinario será público, oral y breve, conforme al debido proceso, en los términos y condiciones que establezca la ley."

En el año 2001, el Tribunal Supremo de Justicia presentó ante la Asamblea Nacional un proyecto de Código de Ética, en desarrollo de la disposición citada, el cual está actualmente en discusión ante el órgano legislativo. Al respecto cabe señalar que la norma constitucional y su desarrollo en el proyecto se refieren, más bien, a un código de conducta, que contiene reglas y sanciones de diversa índole.

La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, creada por la Asamblea Nacional Constituyente por Decreto sobre el Régimen Transitorio del Poder Público, publicado en GO 36.859 de 29 de diciembre de 1999, ejerce la función disciplinaria mientras se dicta la legislación y se organiza la jurisdicción disciplinaria, conforme a lo establecido en los artículos 22 y 28 del Decreto sobre el Régimen Transitorio del Poder Público, en concordancia con la Disposición Derogatoria Única, letra e) de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia:

"La Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial sólo tendrá a su cargo funciones disciplinarias, mientras se dicte la legislación y se crea la jurisdicción disciplinaria y los correspondientes tribunales disciplinarios."

El Tribunal Supremo de Justicia, en ejercicio de la suprema dirección de la judicatura, procedió a dictar la Normativa sobre la Dirección, Gobierno y Administración del Poder Judicial, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.014, de 15 de agosto de 2000, mediante la cual se crean

la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y la Comisión Judicial. Esta normativa dispuso que el inicio efectivo de funciones de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura sería a partir del día primero de septiembre del año dos mil, por lo cual la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial cesó de ejercer las funciones que correspondían al Consejo de la Judicatura en sus Salas Plena y Administrativa, pero no en lo disciplinario, función que continuó ejerciendo.

Por otra parte, el Reglamento de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, publicado en la Gaceta Oficial Nº 342.855 de 18 de noviembre de 2005, establece en su artículo 9 como atribución de la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, conocer y decidir de los procedimientos disciplinarios en contra de los jueces o juezas.

El artículo 30 de ese reglamento establece como principios para el ejercicio de esta competencia disciplinaria la legalidad, economía, eficacia, proporcionalidad, adecuación, imparcialidad, celeridad, concentración, contradicción, oralidad, inmediación, publicidad, igualdad; todo en el marco del debido proceso, el cual se seguirá en todo grado y etapa del mismo.

El artículo 31 ordena aplicar para el trámite del procedimiento disciplinario contra los jueces y las juezas las normas previstas en el Título III, "Del Régimen Disciplinario" de la Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura de 8 de septiembre de 1998 y las disposiciones de ese Reglamento; y siempre que no se opongan a las anteriores, se aplicarán las reglas que sobre el juicio oral establece el Título III del Libro Segundo del Código Orgánico Procesal Penal.

Las sanciones que puede imponer a los jueces la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, conforme al artículo 48 del Reglamento son:

a) Amonestación oral o escrita.

b) Suspensión en el ejercicio del cargo, privando al infractor o infractora del goce de sueldo, durante el tiempo de la suspensión.

c) Destitución del cargo.

El parágrafo único establece:

Las causales de amonestación, suspensión y destitución son las previstas en la Ley de Carrera Judicial, Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura y demás normativas aplicables.

Por consiguiente, si bien por decisión de la Asamblea Constituyente, acatada por las normas posteriores, la competencia para iniciar y conocer del procedimiento disciplinario corresponde a la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial, las reglas aplicables son las preexistentes a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que incluyen errores y omisiones de diferente naturaleza y entidad, algunos de los cuales están por lo demás tipificados como delitos en las leyes.

Por otra parte, los jueces superiores y el Tribunal Supremo de Justicia pueden imponer sanciones de amonestación y multa a los jueces que cometan determinadas faltas especificadas en el Código de Procedimiento Civil, entre las cuales se encuentran las multas por retardo u omisión en actuaciones legalmente debidas. (Cf. Henriquez La Roche 1995, I, 103-104)

Responsabilidad penal

Los jueces y demás funcionarios que cometan delitos en el ejercicio de sus funciones serán sometidos a la jurisdicción penal ordinaria, en algunos casos previa autorización del Tribunal Supremo de Justicia (Ver art. 266, num. 3 CRBV).

Cuenca (1976, 108) enumera la concusión, corrupción, abuso de autoridad y denegación de justicia entre otros delitos posibles como resultado del mal ejercicio de la función jurisdiccional, los cuales están tipificados en el título III del libro segundo del Código Penal.

Ahora bien, las disposiciones a que se refiere Cuenca fueron sustituidas por la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público, hoy derogada. En octubre de 2000 entró en vigencia el nuevo Código Penal,

que castigaba diversos delitos contra el patrimonio público con la pena de presidio que comporta como pena accesoria los trabajos forzados y la interdicción civil durante el tiempo de la pena, además de la inhabilitación política.

El 7 de abril de 2003 fue publicada la Ley contra la Corrupción la cual castiga, entre otros, el delito de concusión que conforme a doctrina preexistente consiste en "*la conducta del funcionario público que explícita o implícitamente, abusando de sus funciones, por medio de violencias o amenazas o de alguna otra manera, en virtud del temor que es capaz de infundir su condición de funcionario público, esto es, en razón del metus publicae potestatis determina la promesa o entrega de una suma indebida*" (ARTEAGA 1983, 134). La disposición vigente extiende el tipo a cualquier otra ganancia o dádiva indebida, y lo castiga con prisión de dos a seis años. (Art. 60)

El delito de corrupción de funcionarios tipificado, entre otros supuestos, como el acto de un funcionario público que por retardar u omitir algún acto de sus funciones, o que por efectuar alguno que sea contrario al deber mismo que ellas impongan, reciba o se haga prometer dinero u otra utilidad, bien por sí mismo o mediante otra persona, para sí o para otro, será penado con prisión de tres (3) a siete (7) años y multa de hasta el cincuenta por ciento (50%) del beneficio recibido o prometido. El artículo 61 de la referida Ley, añade en su aparte, que la prisión será de cuatro (4) a ocho (8) años y la multa de hasta el sesenta por ciento (60%), si la conducta ha tenido por efecto: […] "*Favorecer o causar algún perjuicio o daño a alguna de las partes en procedimiento administrativo o juicio penal, civil o de cualquier otra naturaleza*".

"Si el responsable de la conducta fuere un juez, y de ello, resultare una sentencia condenatoria restrictiva de la libertad que exceda de seis (6) meses, la pena de prisión será de cinco (5) a diez (10) años."

Con la misma pena en cada caso, será castigada la persona interpuesta de la que se hubiere valido el funcionario público para recibir o hacerse prometer el dinero u otra utilidad, y la persona que diere o prometiere el dinero u otra utilidad indicados en este artículo."

Las disposiciones citadas se dirigen a combatir conductas dolosas en el ejercicio de la función pública; sin embargo, han sido pocos los casos de jueces llevados ante la justicia penal por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones. Cabría reflexionar sobre las causas, pero la investigación seria de la cuestión excede los límites de estas reflexiones.

Responsabilidad civil

Los jueces también están sujetos a la responsabilidad civil que resulta tanto de la comisión de delitos, para la reparación pecuniaria de los daños materiales y morales, como el deber civil general de reparar los daños producidos por actos que sin estar tipificados como delitos, causen un perjuicio a las partes o a terceros con dolo, imprudencia o negligencia.

Esta última responsabilidad que emana del artículo 1.185 del Código Civil se hace valer mediante el procedimiento de queja establecido en el Título IX del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, "De las Demandas para Hacer Efectiva la Responsabilidad de los Jueces en Materia Civil". Este procedimiento especial establecido en protección del ejercicio de la función jurisdiccional, hace difícil hacer valer esta responsabilidad, en parte por defectos en la regulación legal y en parte por el desarrollo jurisprudencial.

Así en ocasiones nuestros tribunales han entendido que sólo mediante este procedimiento se puede hacer efectiva la responsabilidad, pero a la vez se ha considerado que sus normas son de carácter restrictivo, con lo cual se excluye a los jueces que no ejercen competencia civil.

El Tribunal ad-hoc de la Suprema Corte en fecha 3-11-86, reiteró el criterio de que el procedimiento de queja solo era aplicable al juez que hubiese actuado en materia civil. En esa oportunidad, resolviendo una queja contra un juez Superior en lo Civil, Mercantil y Contencioso Administrativo, decidió lo siguiente:

"... el recurso de queja de que trata el Código de Procedimiento Civil es para hacer efectiva la responsabilidad civil de los jueces en materia civil; esto es, tiende a reparar los perjuicios que pudo haber padecido el

accionante con motivo de la actuación del acusado en materia civil, por manera que si esto no ocurre, el recurso es inadmisible, pues la queja está limitada a la responsabilidad de los Jueces en cuestiones de naturaleza civil, al punto de que, conforme al artículo 727 del Código de Procedimiento Civil , la sentencia que se dic:tare en la queja no afectará "lo juzgado en el asunto civil, al cual se refiera".

Ahora bien, como se desprende de autos, las actuaciones del acusado fueron realizadas en un procedimiento de amparo constitucional, distinto de los asuntos que se dilucidan en los procedimientos civiles (que comprende, desde luego, los civiles en sentido estricto, sean de bienes, de familia o de una reclamación civil acumulada a la penal, y, además, los mercantiles, laborales, de tránsito y de menores en asuntos no correccionales, los que se siguen y tramitan conforme al Código de Procedimiento Civil, el Código de Comercio y a las leyes que regulan los otros tres procedimientos especiales mencionados), en virtud de lo cual se trata –como lo resolvió el Primer Vicepresidente de la Corte– de un asunto que no admite recurso de queja, porque no se dirige a censurar actividades del juez querellado efectuadas en un proceso de índole civil, por todo lo cual debe confirmarse la decisión apelada con la consecuencial terminación definitiva de este procedimiento. Así se declara."

El criterio expuesto fue adversado por la Sala Civil de la misma Corte Suprema de Justicia, en decisión de fecha 21 de septiembre de 1989, la cual, en esa oportunidad, expresó:

"Es así entonces, que el recurso de queja viene a constituir la vía expedita y única para hacer efectiva la responsabilidad civil de los jueces, sin importar la materia de que se trate, es decir, de jueces penales, de menores, tránsito, agrario, mercantiles y de otras competencias especiales y, por supuesto, los de competencia civil. Es preciso, además, observar que no por el hecho de que el recurso de queja esté regulado en el Código de Procedimiento Civil en los artículos 829 y siguientes, no es aplicable a jueces de materias distintas a la civil, pues, como ya se expresó, el recurso de queja sería la única vía expedita para hacer efectiva la responsabilidad civil de los jueces en materia civil..."

"Además, en el caso sub-judice, se trata de una demanda de daño moral contra una juez Penal, y el artículo 207 del Código Penal en su última parte señala (sic) "Si el funcionario público es del ramo judicial, se reputará culpable de la omisión o de la excusa, siempre que concurran las condiciones que requiere la ley para intentar contra él el recurso de queja a fin de hacer efectiva la responsabilidad civil", con lo cual es el propio Código Penal el que ordena aplicar el procedimiento especial de queja regulado en el Código de Procedimiento Civil y este debe aplicarse por disponerlo así el artículo 20 del Código de Enjuiciamiento Criminal." (Copiador de Sentencia de la Sala Civil, sentencia Nº 278)

Esta contradicción de criterios impedía hacer efectiva la responsabilidad de los Jueces Superiores, cuando éstos no habían actuado en materia civil, pues si se interponía la queja, era declarada inadmisible por el Tribunal ad-hoc, y si se demandaba por la vía ordinaria el resarcimiento de los daños, la Sala de Casación Civil conforme al criterio expuesto, considera que no es ese el camino adecuado, sino que el único expedito para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces es la queja.

Este obstáculo ha sido parcialmente removido, pues se han aceptado a trámite juicios de queja contra jueces penales en materia no referida a la responsabilidad civil; sin embargo, no se tiene noticia de ninguna condena.

Jurisprudencia

SPlena 17-02-04, Tribunal Ad Hoc, Exp. 01-0035:

"Existe en nuestro sistema jurídico un procedimiento para hacer valer la responsabilidad civil del Juez, aplicable en el supuesto que una conducta inexcusable hubiese causado daños o perjuicios valorables en dinero, mediante el cual la parte afectada por tal conducta puede quejarse judicialmente de tal proceder, entrando así en la esfera de las demandas para hacer efectiva la responsabilidad del juzgador. Este procedimiento especial de queja está contemplado en el Libro Cuarto, Capítulo II, Título IX, artículos 829 al 849 del Código de Procedimiento Civil.

La disposición contenida en el artículo 829 eiusdem, que inicia la regulación de este procedimiento, establece:

"Podrá intentarse demanda contra los Jueces, Conjueces y Asociados de los Tribunales en los casos del presente Título, de conformidad con las disposiciones en él contenidas".

De conformidad con la disposición arriba transcrita, la acción de queja se nos presenta como una acción típicamente subjetiva contra el Juez querellado que se encuentre incurso en una conducta que encuadre dentro de las causales taxativamente previstas en el Código de Procedimiento Civil en su artículo 830 y es por dicha conducta que el Juez responderá, dentro de los límites establecidos por la propia ley adjetiva.
La responsabilidad que se quiere hacer efectiva a través del recurso de queja es la civil que trae aparejado el resarcimiento de los daños y perjuicios a favor de la parte lesionada patrimonialmente por la conducta improcedente de los jueces, los cuales responderán civilmente cuando la falta provenga de ignorancia o negligencia, inexcusables, sin dolo, y haber causado daño o perjuicio a la parte querellante, ya que "las faltas que constituyeren delito previsto en el Código Penal u otra ley especial, no podrán perseguirse sino ante el Tribunal competente en lo criminal" (vid. Artículo 831 del Código de Procedimiento Civil).
Se observa que el Código de Procedimiento Civil al hacer referencia a este procedimiento no lo califica directamente como "recurso de queja" y ello tiene su explicación en el hecho de que el objeto de esta demanda no consiste en un medio impugnativo de la sentencia o decisión del Juez querellado mediante la cual, supuestamente, hubiese causado un daño patrimonial a una de las partes, sino que está dirigido a atacar la conducta del Juez que por acción u omisión negligente o por ignorancia inexcusable hubiese causado ese perjuicio patrimonial y su especialidad como procedimiento se justifica, siguiendo el criterio de Arminio Borjas, para proteger a los jueces de "demandas apasionadas, obra de resentimientos, de mala voluntad o del mezquino interés...". "

SP 29-07-03, Juz. Sustanciación. Exp. 2003-000021:

"El Código de Procedimiento Civil en su Libro Cuarto, Título IX, regula el procedimiento de queja para hacer efectiva la responsabilidad civil de los jueces y demás funcionarios encargados de la administración de justicia, cuando por ignorancia o negligencia inexcusable, aun sin intención y sin dolo, dicten providencia manifiestamente contraria a la ley expresa, o falten en algún trámite o solemnidad que la ley les mande acatar bajo pena de nulidad, causándole al querellante un daño o perjuicio que debe ser estimado en dinero a los efectos de su posible resarcimiento.
(…) El artículo 837 del Código de Procedimiento Civil indica los requisitos formales que debe contener el libelo de la queja; no obstante, al ser el objeto de esta acción el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el querellante, por aplicación del artículo 22 eiusdem, es necesario que dicho escrito también cumpla con lo pautado en el artículo 340 ordinal 7° del referido Código, el cual establece que la demanda por daños y perjuicios deberá expresar "la especificación de estos y sus causas", lo cual supone la determinación de los daños y perjuicios, y su respectiva estimación.
Siendo así, es obvio que aun cuando el artículo 846 del Código de Procedimiento Civil permite a este Alto Tribunal fijar según su prudente arbitrio el monto a resarcir, tal facultad sólo puede ser ejercida siempre que la parte haya determinado y estimado en el libelo los daños y perjuicios sufridos, y hayan sido demostrados en el proceso, por cuanto resulta imposible para el Juzgador dar por probado aquello que no fue alegado.

En consecuencia, al no constar en el libelo de la demanda lo antes indicado, la acción propuesta carece de objeto.
Es menester expresar que la especificación de los daños y perjuicios tienen por objeto que la parte demandada conozca los perjuicios que se le imputan, con el fin de que éste pueda formular sus alegaciones ante este Supremo Tribunal, pues de lo contrario su defensa estaría limitada a rebatir hechos no conocidos, lo cual violentaría su derecho de defensa.
En sentencia de la Sala Plena de la entonces Corte Suprema de Justicia, de fecha 6 de abril de 1995, se expresó lo siguiente:
"...En reiteradas oportunidades se ha establecido que, por cuanto el recurso de queja se dirige en lo principal, a la determinación de la cuestión civil de resarcimiento de los daños y perjuicios, en consecuencia se debe explicar el exceso o falta que le atribuya al Juez contra quien obra el recurso de queja y ***especificar la estimación pecuniaria de los daños y perjuicios que se le imputan y las causas de los mismos para que la queja tenga objeto que la pueda hacer admisible*** *conforme a derecho.*
Observa la Primer Vicepresidenta que si bien es cierto el Juez puede fijar el daño o perjuicio causado por la actuación jurisdiccional, ello no obsta para que el accionante deba estimar su acción, toda vez que si se le atribuye al Juez la comisión de faltas sin precisar la cuantía de los perjuicios que se pretende sean apreciables en dinero, el recurso de queja resulta inadmisible por esa razón, ya que el objeto principal del mismo cual es el resarcimiento de los daños y perjuicios probados en autos y estimables en dinero, requiere de manera indefectible de tal estimación.
De lo antes expuesto se concluye que se está en presencia de un recurso de queja carente de los elementos exigidos por el artículo 831 del Código de Procedimiento Civil por lo cual debe considerarse éste, inadmisible a los fines de proseguir el pretendido juicio de queja. Así se decide..."

SCC 19-6-07, dec. 424:

El criterio que ha venido manejando la Sala de Casación Civil, en relación a la primera fase del procedimiento, con respecto a la recurribilidad en casación de las decisiones que declaren la responsabilidad o no de los jueces en materia civil, quedo establecido en sentencia de fecha 30 de noviembre de 1988, que señala lo siguiente:
"…En sentencia del 7 de abril de 1965, asentó la Sala de Casación Civil lo siguiente: 'El recurso de queja en nuestro ordenamiento procesal civil comprende dos fases netamente diferenciadas: una de carácter no contencioso, prevista en el artículo 716 del Código de Procedimiento Civil, en que los jueces superiores del funcionario judicial contra quien se ha entablado la queja, asociados a dos conjueces, o el primer vicepresidente de la Corte Suprema de Justicia asociado a otros dos magistrados, según los casos, declararán en decreto razonado que debe dictarse dentro de cinco días de introducida la queja, si hay o no mérito bastante para someter a juicio a dicho funcionario. Si no encontraren mérito suficiente terminará todo procedimiento. Si lo encontraren, pasarán inmediatamente el expediente a los llamados por la ley a sustanciar y sentenciar la queja, abriéndose así la segunda fase de carácter contradictorio, pues en ella interviene el juez o funcionario judicial acusado, previa notificación que se le

hace de la queja pasándosele compulsa del libelo y la documentación acompañada a fin de que rinda informe y haga uso, si quisiere, de la facultad de promover y evacuar pruebas, cuando el punto no es de mero derecho o las partes sólo han aducido instrumento. La fase contenciosa, regulada por los artículos 717 hasta 728 ejusdem, termina con sentencia inapelable en que, si hay lugar a la queja, se condena al acusado a resarcir al querellante los daños y perjuicios procedentes, más multa y costas; y si no hay lugar a la queja, se imponen las costas al promovente, adicionadas con multa si aquélla apareciere manifiestamente infundada.
En cuanto a la admisibilidad del recurso extraordinario de casación en el procedimiento especial de queja, dispone el artículo 728 del código citado que "en el juicio de queja no queda excluido el recurso de casación, si hubiere lugar a él, cuando no hubiere intervenido la Corte Federal y de Casación (hoy Corte Suprema de Justicia)."
Ahora bien, la previsión del citado artículo 728 no puede extenderse al decreto que declare si hay o no mérito bastante para someter a juicio al funcionario, pues esa etapa no es propiamente un juicio por no haber comenzado aún la contención entre las partes, sino una especie de antejuicio o actuación previa en que el tribunal ad hoc determina la admisibilidad o no del recurso de queja, con vista del mérito de los elementos examinados. Sabido es que la promoción del recurso de casación presupone la existencia de un juicio, como lo exige la norma general contenida en el artículo 418 del Código de Procedimiento Civil, reproducida por el 728 ejusdem en cuanto a la sentencia dictada en el juicio de queja.
Por otra parte, es clara la intención del legislador y el texto en que la expresó, cuando estatuye que todo procedimiento debe determinar con la decisión de no existir mérito bastante para someter a juicio al acusado, lo cual excluye la posibilidad de recurrir en casación, contra el decreto que declare la inexistencia de mérito suficiente para enjuiciar al querellado.
En el presente caso se ha recurrido en casación contra el decreto que declaró no haber mérito para someter a juicio al juez contra quien obrara la queja, decisión que, según lo expuesto, no es impugnable con dicho recurso ante la negativa expresa de la ley fundada en la razón de que el decreto recae en la fase contenciosa del procedimiento y carece ésta consiguientemente del carácter de juicio propiamente dicho.
No ha debido por tanto el tribunal de origen admitir el recurso de casación en el caso concreto.´
La precedente doctrina sostenida en ese fallo fue reiterada en numerosos fallos durante la vigencia del Código de Procedimiento Civil de 1916. Y por cuanto el Juicio de Queja no sufrió modificaciones sustanciales en el vigente Código de Procedimiento Civil, la Sala se pronunció recientemente (Juicio de Queja seguido por Bina Kronenberg de Konofra y otra contra el Juez Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil de la Circunscripción Judicial del Estado Carabobo, en fecha 9 de junio de 1988) ratificando su anterior doctrina.
Se permite la Sala, precisar, además, que la queja comprende dos fases. La primera se inicia con el libelo y termina con un decreto motivado, en el cual el Tribunal (colegiado) expresará si hay o no mérito suficiente para someter a juicio al funcionario

respectivo. La segunda fase sólo tiene lugar si en el decreto antes señalado se ordena someter a juicio al funcionario.

En el caso de especie se formuló la queja contra el Juez doctor ALVARO ALGARRA CADENAS. Constituido el Tribunal de la Alzada con asociados, como lo pauta la Ley, éste declaró terminado dicho procedimiento. Contra esta sentencia se anunció recurso de casación el cual no fue admitido.

Si bien es cierto que la sentencia de queja es recurrible en casación, conforme lo dispone el artículo 849 del Código de Procedimiento Civil, resulta obvio que tal recurso es sólo posible en relación con el fallo dictado en la segunda fase de la queja (artículo 845 del Código de Procedimiento Civil vigente, concordante con el artículo 723 del Código de 1916), y no respecto al decreto que surge de la fase previa (artículo 838 del Código de Procedimiento Civil vigente, equivalente al artículo 716 del Código de 1916), el cual es precisamente el recurrido.

Lo asentado anteriormente obedece a las siguientes razones:

A) La fase previa de la queja tiene carácter no contencioso como lo ha afirmado la doctrina de casación; y sabido es que los actos de esta naturaleza no son susceptibles de recurso alguno;

B) Para que pueda ejercer el recurso de casación es imprescindible la pre-existencia de un juicio, como se advierte claramente en el artículo 312 del Código de Procedimiento Civil, y,

C) Por cuanto el artículo 838 ejusdem, en su última parte establece, refiriéndose al decreto de la fase previa de la queja, que si se decide que no ha lugar a la queja, "terminará todo procedimiento", y sólo en caso contrario continuará dicho procedimiento conforme a lo establecido en las siguientes disposiciones.

En el caso en especie, la decisión recurrida corresponde a la fase previa, al ante-juicio de mérito previsto en el artículo 837 del Código de Procedimiento Civil, y parcialmente, en el artículo 838 ejusdem. Por ello, se ajustó a la Ley el Juez Superior que procedió a negar dicho recurso, pues se repite, el fallo en cuestión no es recurrible.

El presente recurso, por tanto, fue negado correctamente por el Juzgado Superior Primero Accidental del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Distrito Federal y Estado Miranda, con Asociados, decisión que al efecto se confirma. Así se declara

Ahora bien, la Sala estima necesario revisar su criterio con relación a la admisibilidad del recurso de casación en contra de las decisiones dictadas en la primera fase del recurso de queja, atendiendo a los nuevos postulados constitucionales que garantizan un eficaz ejercicio del derecho a la defensa, debido proceso, e igualdad de las partes en juicio, para lo cual, acoge la posición que al respecto adoptó la Sala Plena en sentencia N° 15, de fecha 12 de julio de 2006, expediente N° 2002-000077, caso: Omar Enrique García Valentiner contra César Ernesto Domínguez Agostini, en la que se consideró que al ser el recurso de queja una pretensión similar a una demanda, la inadmisibilidad de la misma ab initio es susceptible de ser impugnada a través de los medios correspondientes, pues si bien es cierto que cuando se admita la acción de queja, esta decisión no tiene recurso de inmediato, la declaratoria de inadmisibilidad de dicha pretensión constituye una decisión interlocutoria que pone fin al procedimiento.

De esta forma, la Sala abandona el criterio plasmado en la referida sentencia de fecha 30 de noviembre de 1988, y por tanto se establece que, aquellas decisiones dictadas en la primera fase del recurso de queja que declaren la inadmisibilidad del trámite por no existir méritos suficientes para la continuación del procedimiento, son recurribles ante esta sede casacional, siempre que en dicho procedimiento no haya intervenido el Tribunal Supremo de Justicia.

El anterior criterio tiene efectos ex nunc; en consecuencia, deberá ser aplicado en aquellos recursos anunciados a partir del día siguiente de la publicación del presente fallo.

SCC 5-4-01, dec. 54:

"Empero, contrariamente a lo sostenido por el formalizante y como lo señaló la Sala al resolver la única denuncia de forma planteada, la recurrida, al pronunciarse sobre la defensa referida a la necesidad de ejercer previamente la acción de amparo como condición de admisibilidad de la querella, estableció que "la acción de amparo no es un recurso que pueda ejercerse contra todo tipo de sentencias, y además con la acción de amparo se persigue el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida... en cambio, con la demanda de queja no se persigue el restablecimiento de la situación jurídica infringida, ya que lo que se quiere con dicha demanda se (sic) hacer efectiva la responsabilidad de los Jueces en Materia Civil...".

Por otra parte, la regla contenida en el artículo 834 del Código de Procedimiento Civil debe ser interpretada de manera concordada con el ordinal 1º del artículo 830 eiusdem, que establece que habrá lugar a la queja... "en todos los casos en que la ley declare que no queda a la parte otro recurso sino el de queja, si se hubiere faltado a la ley"; de manera que para entablar la queja es necesario que la parte agote previamente los recursos previstos en la ley para impugnar la sentencia, auto o providencia que se afirma productora del agravio, siendo que el amparo no es un recurso sino una acción que persigue la protección de los derechos y garantías constitucionales."

Scon 12-7-05, dec. 1527:

"El Juez de la Primera Instancia Constitucional reconoció la procedencia de los amparos contra omisiones y retardos judiciales pero inadmitió el presente, con el alegato que el mismo era inadmisible en virtud del carácter extraordinario de la acción de amparo. En este sentido, estimó que el accionante debió agotar las vías ordinarias que el ordenamiento jurídico dispone para la protección de sus derechos constitucionales.

En su opinión, tales vías están esencialmente representadas por el Recurso de Queja. Al respecto estimó que: "... para los casos de retardo u omisión por parte de los jueces de la República en dictar alguna providencia Judicial, como es el caso denunciado nuestro ordenamiento jurídico positivo consagra una serie de mecanismos que serían los idóneos para restablecer la situación jurídica infringida (...) dichas vías no sólo tienen como objeto imponer sanciones correctivas a fin de que el juez actúe conforme a su deber sino sanciones disciplinarias y la posibilidad de exigir la responsabilidad civil de los jueces que incurran en la negación de justicia (...) el mismo Código de Procedimiento Civil en su Art. 829 y siguientes, consagra el procedimiento en las

demandas para hacer efectiva la responsabilidad de los jueces en materia civil, o sea el recurso de queja."

El recurso de queja está previsto en los artículos 829 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; su objeto principal es el establecimiento de la responsabilidad civil de los jueces, conjueces y asociados y, en casos de faltas gravísimas puede devenir en la destitución del cargo del funcionario involucrado en el asunto, mas no es el objeto de este medio procesal la corrección de la omisión judicial que le ha dado origen.

En este caso, la pretensión del demandante de amparo es la restitución de su situación jurídica, con la supresión de la lesión constitucional que le ha producido la falta de pronunciamiento acerca de la admisión de la demanda civil que incoó ante el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Lara, efecto que no se lograría por medio de la vía del recurso de queja por cuanto la finalidad de éste es otra totalmente distinta; consecuentemente, el mismo no resulta idóneo para la satisfacción de la pretensión que fue deducida."

SCC 27-2-03, dec. 46:

*"En el presente caso, la Sala observa que la sentencia contra la cual se anunció el recurso de casación, no es revisable por este Alto Tribunal, pues en la referida sentencia se resolvió que no había mérito suficiente para someter a juicio a la abogada Zoraida Sánchez de Morelo, Juez Provisorio del Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito y del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Falcón; es decir, se trata de una decisión que resolvió que no había lugar a la queja, por lo cual es aplicable la previsión del artículo 838 del Código de Procedimiento Civil, conforme a la cual en estos casos **"terminará todo procedimiento"**, y en consecuencia debe procederse al archivo del expediente. Por este motivo, el presente recurso de casación es inadmisible, y así se establece."*

SCC 6-11-02, dec. 97:

"En el presente caso, el recurso de hecho se propuso contra la negativa de admisión del de apelación, que fue interpuesto, a su vez, contra la decisión que declaró que "no había mérito bastante para someter a juicio al doctor Rodolfo Luzardo Baptista, en su condición de Juez del Juzgado Segundo de primera Instancia en lo Civil y Mercantil de la Circunscripción Judicial del estado Zulia". […]

Siendo pues, que por disposición del artículo 838 del Código de Procedimiento Civil, las decisiones recaídas en la primera fase del recurso de queja no son apelables, y además, que esta Sala de Casación Civil tiene delimitada su competencia a los recursos de hecho que se ejerzan contra las providencias que nieguen la admisión del recurso de casación, es forzoso concluir que el presente recurso de hecho es inadmisible, como en efecto se declarará en el dispositivo de este fallo. Así se decide."

SCP 20-8-04, dec. 291:

"El artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal, establece que el recurso de casación, sólo podrá ser propuesto contra las sentencias de las cortes de apelaciones que resuelvan sobre la apelación, sin ordenar la realización de un nuevo juicio, cuando el Ministerio Público haya pedido en la acusación o la víctima en su acusación parti-

cular o en su acusación privada, la aplicación de una pena privativa de libertad que en su límite máximo exceda de cuatro años o la sentencia condene a penas superiores a esos límites. Asimismo, establece que, dentro de los supuestos señalados, serán impugnables las decisiones de las cortes de apelaciones que confirmen o declaren la terminación del proceso o hagan imposible su continuación.

Observa la Sala de Casación Penal que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Táchira, declaró no existir méritos para el juicio de queja, en contra del abogado Jorge Iván Ochoa Arroyave, en su condición de Juez titular del Tribunal de Control, a cargo de la ejecución del acto de restitución del bien inmueble, lo que significa que no se trata de las decisiones que el artículo 459 del Código Orgánico Procesal Penal, prevé como impugnables en casación.

Por consiguiente, se declara INADMISIBLE el recurso de casación según lo establecido en el artículo 465 del Código Orgánico Procesal Penal, en relación con el artículo 459 del mismo código. Así se decide."

SPlena 8-2-06, exp. 89-003, dec. S/N:

"De conformidad con el artículo 838 del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, una vez interpuesto Recurso de Queja contra algún Juez Superior, corresponde al Tribunal Supremo de Justicia decidir si hay o no mérito bastante para someter a juicio al funcionario contra quien obre la queja.

La vigente Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, asigna competencia al máximo Tribunal para el conocimiento del recurso de queja contra los Jueces Superiores, en su disposición derogatoria, transitoria y final, de la manera siguiente:

"Los recursos de queja propuestos contra los integrantes de Cortes o Tribunales Superiores, serán remitidos al Tribunal Supremo de Justicia, para que decida si hay o no mérito para continuar el juicio, dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes. En caso afirmativo, el Presidente del tribunal Supremo de Justicia designará cuatro (4) Magistrados o Magistradas que, asociados a él decidirán el recurso con arreglo a las disposiciones previstas sobre el juicio ordinario en el código de Procedimiento Civil…"

La norma es clara al establecer que una vez declarada la existencia de méritos para la continuación del juicio de queja, el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia designará cuatro (4) Magistrados que asociados a él decidirán el mérito del recurso.

Ahora bien, tal como se evidencia en el presente procedimiento, en fecha 9 de mayo de 1991 fue declarado ha lugar el recurso de queja incoado, por lo cual, de conformidad con la norma antes citada, corresponde al Tribunal integrado por el Presidente de esta máxima instancia judicial, asociado a cuatro (4) Magistrados que él mismo designará, el conocimiento del fondo de la presente controversia, como juez natural de la presente causa.

En consecuencia, esta Sala Plena, de conformidad con la normativa antes citada, considera que en el presente caso deben ser remitidos los autos al Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, para que proceda a la conformación del órgano competente para decidir el presente recurso de queja. Así se decide."

SPlena 8-2-06, exp. 02-091:

"En sentencia N° 22, de fecha 27 de septiembre de 2005, esta Sala Plena llenó el vacío previsto en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia y precisó cual es el órgano de este máximo Tribunal al que le corresponde emitir el correspondiente pronunciamiento sobre si hay o no mérito bastante para someter a juicio al funcionario contra quien obre la queja. Dicha sentencia señala lo siguiente:

"Véase, entonces, que la nueva Ley asigna competencia al Tribunal Supremo de Justicia, a diferencia de la ley anterior que asignaba la competencia del asunto al Primer Vicepresidente de la Corte en Pleno, sólo que no precisa cuál de las manifestaciones del Tribunal Supremo de Justicia debe decidir la primera fase del procedimiento, como sí lo hace con la segunda fase, al establecer:

"En caso afirmativo, el Presidente o Presidenta del Tribunal Supremo de Justicia designará cuatro (4) Magistrados o Magistrados que, asociados a él, decidirán el recurso con arreglo a las disposiciones previstas sobre juicio ordinario en el Código de Procedimiento Civil…"

Se entiende, por tanto, que cuando la ley dice "En caso afirmativo…" es porque hay méritos para continuar el juicio; sin embargo, la fase previa, esa en la que debe declararse si hay o no méritos para continuar el juicio, posee una regulación legal insuficiente no solo respecto a cual de las manifestaciones del Tribunal Supremo de Justicia debe resolver si hay o no méritos para continuar el juicio, sino también en relación con la posibilidad de apelar contra la decisión que se dicte en la primera fase del procedimiento.

Ciertamente no luce lógico que la primera fase del procedimiento que es de carácter no contencioso, fuese decidida por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, mientras que la segunda fase del procedimiento de carácter contencioso se decidiera por un tribunal ad hoc constituido por el Presidente del Tribunal Supremo de Justicia, asociado a cuatro Magistrados o Magistradas, que él mismo designará.

De ahí que deba precisarse a cuál de las manifestaciones del Tribunal Supremo de Justicia corresponde el conocimiento de la primera fase del procedimiento, sin perder de vista que la fase contenciosa corresponde a un tribunal ad hoc que no se identifica con ninguna de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia.

En ese sentido, se observa que una de las atribuciones del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Plena, es la de decidir la creación de los Juzgados de Sustanciación y atribuirle la sustanciación de los asuntos de su competencia que lo requieran, de conformidad con el numeral 8 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

A propósito de las facultades del Juzgado de Sustanciación, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 27 de octubre de 2000, con ponencia del Magistrado Dr. Iván Rincón Urdaneta (Caso: José Antonio Varela), señaló:

"…las facultades de los Juzgados de Sustanciación no están reguladas de manera sistemática por la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, siendo que las mismas nacen como resultado del análisis de cada uno de los procedimientos contemplados por dicho cuerpo normativo.

Así las cosas, esta Sala encuentra que la más recurrente facultad de los Juzgados de Sustanciación es la de pronunciarse sobre la admisión de los recursos o demandas interpuestas, tal como lo disponen los artículos 105, 115 y 123 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia que regula las demandas contra la República y los juicios contra actos administrativos generales e individuales.

Pero otra facultad importante del Juzgado de Sustanciación está referida –especialmente en los procesos contencioso administrativos– a la sustanciación o tramitación de la fase probatoria, al llamamiento de los terceros interesados y a la expedición del cartel de emplazamiento para que éstos intervengan, facultades que tienen por finalidad la desconcentración de las actividades dentro de un mismo tribunal, respetando obviamente la jerarquía del Órgano Judicial que de acuerdo a la ley le corresponde asumir las competencias.

En otro orden, le estaría vedado al Juzgado de Sustanciación pronunciarse sobre el fondo del asunto, o de pronunciarse sobre la ejecución de las decisiones proferidas (…) o pronunciarse sobre la reposición de una causa, anulando en consecuencia una decisión de su superior. Por el contrario sólo puede en este sentido subsanar vicios referentes a la sustanciación de la causa que no afecten decisiones de sus superiores" (sic)

Siendo así, resulta forzoso concluir, que debe atribuírsele al Juzgado de Sustanciación de la Sala Plena, el trámite de los asuntos que sean de la competencia del Tribunal Supremo de Justicia, entre los que destaca, decidir si hay o no méritos para continuar el juicio de queja a que se refiere el artículo 829 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo previsto en el numeral 8 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y así se decide.".

Como se observa en la cita jurisprudencial anterior, esta Sala Plena precisó cuál es el órgano al que le corresponde emitir el correspondiente pronunciamiento sobre si hay o no mérito bastante para someter a juicio al funcionario contra quien obre la queja, y en tal sentido determinó que es el Juzgado de Sustanciación de esta Sala Plena, situación que nos lleva forzosamente a concluir que en el presente caso deben ser remitidos los autos a dicho Juzgado de Sustanciación, para que sea él, como órgano competente, quien emita el correspondiente pronunciamiento sobre si en el presente caso hay o no mérito bastante para someter a juicio al ciudadano JOSÉ GONZÁLEZ PUERTA, en su condición de Juez del Juzgado Superior en lo Civil y Contencioso Administrativo de la Circunscripción Judicial de la Región de los Andes, con sede en la ciudad de Barinas. Así se declara."

SPlena Juz. Sust. 3-10-06, exp. 03-087:

"Ahora bien, la ciudadana XXX fue destituida por la Comisión de Funcionamiento y Reestructuración del Sistema Judicial del cargo de Jueza Titular del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito y Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Miranda, habiendo señalado la Sala Plena para el supuesto en que la persona demandada en un juicio de queja deja de ejercer el cargo de Juez, lo siguiente:

"… un pronunciamiento sobre la admisibilidad o no del recurso de queja… carece de todo sentido y utilidad práctica, pues, como bien decía el Maestro Borjas, el procedimiento especial de queja fue impuesto por el Legislador en honor de la noble

investidura de los cargos de administrar justicia, y con el objeto de proteger a estos funcionarios de demandas apasionadas o de mezquinos intereses que pudieran perjudicar el desempeño de sus funciones."

Acogiendo este Juzgado de Sustanciación el criterio expresado por la Sala Plena del Tribunal Supremo de Justicia, declara inadmisible el presente recurso de queja, procedimiento especial sólo aplicable contra Jueces, Conjueces y Asociados de los Tribunales. Así se decide."

SPlena 29-7-03, exp. 03-021, dec. S/N:

"De la lectura del libelo de la demanda, este sentenciador constata que el querellante no estimó, ni especificó los daños y perjuicios que el Juez Superior le causó, al no pronunciarse sobre el reclamo hecho contra las medidas adoptadas por él en los oficios dirigidos al registrador subalterno, ni los producidos por ejecutar su propia decisión, es decir, no existe mención alguna en el libelo de los daños causados, ni del monto que a su juicio considera suficiente como resarcimiento.

El artículo 837 del Código de Procedimiento Civil indica los requisitos formales que debe contener el libelo de la queja; no obstante, al ser el objeto de esta acción el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el querellante, por aplicación del artículo 22 eiusdem, es necesario que dicho escrito también cumpla con lo pautado en el artículo 340 ordinal 7° del referido Código, el cual establece que la demanda por daños y perjuicios deberá expresar "la especificación de estos y sus causas", lo cual supone la determinación de los daños y perjuicios, y su respectiva estimación.

Siendo así, es obvio que aun cuando el artículo 846 del Código de Procedimiento Civil permite a este Alto Tribunal fijar según su prudente arbitrio el monto a resarcir, tal facultad sólo puede ser ejercida siempre que la parte haya determinado y estimado en el libelo los daños y perjuicios sufridos, y hayan sido demostrados en el proceso, por cuanto resulta imposible para el Juzgador dar por probado aquello que no fue alegado."

SPlena 13-11-01, exp. 00-041, dec. S/N:

"La demanda de queja debió fundamentarse en la conducta desplegada por el Juez Superior que conoció del juicio por disolución de sindicato y, por ende, en las posibles faltas que éste cometió durante dicho proceso, y no en los supuestos vicios que contiene la decisión dictada, pues este Tribunal Supremo de Justicia no puede ser utilizado como una nueva instancia que revise los fallos emanados de los tribunales de instancia, pues para ello la ley establece los recursos de los que disponen las partes.

Por tanto, los alegatos presentados por el querellante no constituyen motivo suficiente para considerar que se han configurado los supuestos contenidos en el artículo 830 ordinales 3º y 5° del Código de Procedimiento Civil, pues para que dichas causales sean admitidas, es necesario que la falta cometida por el Juez sea grosera, de forma tal que revele una ignorancia absoluta de las normas jurídicas aplicables al caso, tal como lo prevé el artículo 832 del Código de Procedimiento Civil."

SPlena 13-12-06, exp. 02-131, dec. 71:

"Por lo que respecta a la oportunidad para intentar la acción de queja señala el artículo 835 de la mencionada ley adjetiva, lo siguiente:

"El término para intentar la queja será de cuatro meses, contados desde la fecha de la sentencia, auto o providencia que haya recaído en la causa y en que se funde la queja, o desde el día en que quede consumada la omisión irremediable que haya causado el agravio."

En tal sentido, ha precisado la doctrina patria que el legislador consideró necesario establecer este lapso "…tanto en interés de los Jueces, a fin de que no se mantenga en suspenso contra ellos, por un término demasiado largo, la amenaza de los reclamos de las partes por razón de las funciones de su ministerio, como para evitar que la acción de queja pueda intentarse en condiciones poco propicias para el esclarecimiento de los hechos alegados, como lo son, por ejemplo, la de no estar ya encargados del Tribunal los funcionarios acusados, o de no tener a mano el expediente de la causa y tantos otros motivos que, por el transcurso de los años, dificultan a los jueces y a las partes la justificación de sus pretensiones." (Arminio Borjas: Comentarios al Código de Procedimiento Civil Venezolano, Imprenta Bolívar, Caracas, 1924, Tomo VI, p. 217).

[…]

Por lo que concierne a las profesionales del derecho XXX y YYY, quienes en la actualidad ocupan cargos de Magistradas del Tribunal Supremo de Justicia, debe este Juzgado de Sustanciación señalar lo siguiente:

[…]

Ha señalado la doctrina patria y la jurisprudencia del Máximo Tribunal que el procedimiento especial de queja establecido en el Código de Procedimiento Civil, fue impuesto por el Legislador en atención a la importante investidura de los encargados de administrar justicia, con el objeto de proteger a estos funcionarios de demandas apasionadas o de mezquinos intereses que pudieran perjudicar el desempeño de sus funciones, por lo que su admisibilidad dependerá de que el libelo de la demanda cumpla con los requisitos impuestos por la Ley, y su procedencia, de la demostración de dos condiciones esenciales: a) el hecho culpable del funcionario, el cual debe subsumirse en alguno de los supuestos establecidos en el artículo 830 del Código de Procedimiento Civil; y, b) el daño irreparable causado al querellante.

En ese sentido, el Título IX del Libro Cuarto del Código de Procedimiento Civil, establece la acción de queja como vía procesal para hacer efectiva la responsabilidad civil de los jueces, conjueces y asociados de los tribunales, en caso de que por ignorancia o negligencia inexcusable pero sin dolo (artículo 831 eiusdem), sea causado a la parte querellante daño o perjuicio estimable en dinero, en el entendido que se tendrá siempre por inexcusable la ignorancia o negligencia cuando, aun sin intención, hubiese sido dictada providencia manifiestamente contraria a la ley expresa, o se hubiere faltado a algún trámite o solemnidad que la ley mande observar bajo pena de nulidad (artículo 832 eiusdem), causándole a la parte querellante un daño o perjuicio que debe ser estimado en dinero a los efectos de su posible resarcimiento. Resulta por tanto necesario que en el libelo de la demanda de queja los daños y perjuicios sean especificados, indicando sus causas y su estimación, solicitando en el petitum su reparación; de lo contrario, no cumpliría el querellante con el requisito formal

que hace posible la admisión de la queja, cual es la solicitud de resarcimiento de los daños y perjuicios que se dicen ocasionados, de conformidad con los artículos 22, 340 ordinal 7°, y 837 del Código de Procedimiento Civil.

Todo lo anterior viene a significar que el juicio de queja no es un medio de impugnación de las decisiones de los jueces, pues no es posible a través del mismo lograr su modificación o enervar sus efectos, como pretende el accionante al solicitar que el Tribunal Supremo de Justicia "... ***dicte lo conducente para que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo repare el error judicial cometido, que lesiona mi derecho al debido proceso, de conformidad con el artículo 49, numeral 8 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela****...", como si se tratase de un recurso ante una instancia superior que puede revisar los criterios sostenidos en una sentencia; por el contrario, constituye la queja una acción autónoma para hacer efectiva la responsabilidad civil de los jueces, tras comprobar la relación de causalidad entre el hecho generador del daño (por ignorancia o negligencia inexcusables) y el pretendido perjuicio irreparable.*

Además, el actor en su libelo de la demanda explicó en qué consistió la supuesta falta atribuida a los Magistrados de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, pero no especificó claramente si el daño ocurrió o si constituye una amenaza futura ("... ***que las obras ilegales representan un daño próximo para mi casa*** *(...omissis...), y* ***así librar a mi casa del peligro que representan****..."), como tampoco aludió a la estimación del mismo, conforme establece la ley adjetiva, pues sólo menciona en su libelo el monto de un millón de bolívares (Bs.1.000.000,00), solicitado como pago de las costas por su actuación profesional en su escrito de contestación a la apelación en el recurso de abstención por él interpuesto, lo que no guarda relación con los problemas de ventilación e iluminación de la vivienda del ciudadano Gonzalo Ponce Lugo al no haber sido ejecutada la demolición de las obras ilegales, circunstancias alegadas como daños en la presente acción de queja. Por tanto, no habiendo sido especificados los daños y perjuicios ni la estimación de los mismos, no cumplió el querellante con el requisito formal que hace posible la admisión de la queja de conformidad con los artículos 22, 340 ordinal 7°, y 837 del Código de Procedimiento Civil; en consecuencia, debe este Juzgado de Sustanciación declarar la inadmisibilidad de la presente acción de queja y así se decide.*

No obstante lo anterior, este sentenciador constata además que el abogado Gonzalo Ponce Lugo alegó la imposibilidad de interponer recurso alguno contra la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, decisión que según afirma inobservó disposiciones de orden procedimental, lo que lesionó –según sostiene– su derecho al debido proceso, además de haber "... perjudicado la defensa de [su] derecho de propiedad frente a la conducta negligente del Alcalde del Municipio Sucre...", motivos que hubiesen sido suficientes para justificar la interposición de una acción de amparo ante la Sala Constitucional para lograr el restablecimiento de la situación jurídica supuestamente infringida, de verificar dicha Sala la violación de las mencionadas garantías constitucionales."

SPlena 22-5-01, exp. 00-172:

"De acuerdo con lo antes expuesto, es criterio de este Primer Vicepresidente que en el caso concreto no se cumplieron los requisitos de admisibilidad contenidos en el artículo 831 del Código de Procedimiento Civil, porque la demanda fue sustentada en la discrepancia de los querellantes respecto a lo decidido por la Juez demandada, y no en una falta por ignorancia o negligencia inexcusable cometida por ella, y así se decide.

En otro aspecto, este Primer Vicepresidente considera prudente resaltar que al ser la queja una acción dirigida a resarcir los daños y perjuicios sufridos por los querellantes, el libelo de la demanda no sólo debe cumplir con los requisitos formales establecidos en el artículo 837 del Código de Procedimiento Civil, sino que por aplicación del artículo 22 del referido Código, en el mismo también debe observarse lo pautado en el artículo 340 ordinal 7° eiusdem, que establece que la demanda por daños y perjuicios deberá expresar "la especificación de estos y sus causas". Ello, en virtud de que la simple estimación de los mismos no es suficiente, pues aun cuando el artículo 846 del citado Código le permite a esta Sala fijar según su prudente arbitrio el monto a resarcir, el querellante no puede pretender que dichos daños le sean indemnizados, si no los determinó en su libelo ni explicó cómo le fueron causados, dado que tal omisión le impide a este Alto Tribunal conocerlos y, por ende, establecer el monto a ser condenado.

Por otra parte, la especificación de dichos daños y perjuicios y el señalamiento de sus causas tiene por objeto que la parte demandada conozca qué perjuicios se le atribuyen, a fin de poder formular sus alegaciones ante este Supremo Tribunal, pues de lo contrario su defensa estaría limitada a rebatir hechos no conocidos, lo cual violentaría su derecho de defensa.

En el caso de autos, se observa que si bien los querellantes estimaron los daños y perjuicios sufridos en la cantidad de cien millones de bolívares (Bs. 100.000.000,oo), éstos no especificaron ni señalaron cuáles fueron los perjuicios que la conducta de la Juez demandada les produjo en sus patrimonios y, por ende, no fueron determinados, por lo que la acción planteada carece de objeto, al no llenar los extremos requeridos por los artículos 831 y 837 del Código de Procedimiento Civil.

Con base en los motivos antes expuestos, el Primer Vicepresidente que suscribe estima que no existen méritos para iniciar el juicio de queja, porque en el caso concreto no se cumplieron los requisitos de admisibilidad contenidos en el artículo 831 y 846 del Código de Procedimiento Civil, por no estar sustentada la demanda en una falta por ignorancia o negligencia inexcusable de la Juez Provisoria, y por no estar determinado en el libelo el objeto de la demanda, y así se decide."

Artículo 19

El Juez que se abstuviere de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, y asimismo, el que retardare ilegalmente dictar alguna providencia, será penado como culpable de denegación de justicia.

La regla legal contiene dos supuestos diferentes: primero, la abstención de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la ley, de oscuridad o de ambigüedad en sus términos, que trae consigo un deber correlativo para el juez de interpretar las reglas legales para su aplicación; segundo, el retardo en la administración de justicia; con una consecuencia común: la denegación de justicia, delito sancionado por la Ley Anticorrupción.

Interpretación de las leyes

Señala Devis Echandia (1984, I, 72) que la misión del juez tiene aspectos diferentes:

a) Aplicar la ley general a los casos particulares, o sea, individualizar la norma abstracta;

b) Interpretar el contenido de la ley, haciéndola evolucionar para adaptarla a las nuevas circunstancias sociales y políticas que la inevitable evolución histórica vaya presentando; es decir, interpretación dinámica y no estática.

c) Crear una norma cuando no encuentre disposición en la ley ni en la costumbre y necesite resolver una controversia determinada para el caso (Ley 153 de 1887, art. 49 y arts. 4º y 5º del nuevo C de P. C.). Pero nunca normas penales sustanciales.

En el último caso el juez crea una norma nueva; pero téngase presente que no lo hace nunca en su nombre. El necesita salvar la autoridad moral

del derecho consagrado y por eso coloca sus innovaciones bajo el mandato de la Ley o de la costumbre o de las, reglas generales del derecho, cubriéndolas con el sello de la legalidad.

También, el juez llena los vacíos procesales con las normas análogas vigentes pasa casos análogos, e igualmente los vacíos de leyes sustanciales no penales.

Pero así como no debe considerarse al juez como un siervo de la ley, imposibilitado para darle vida y crear normas de derecho por vía jurisdiccional, tampoco es posible admitir la noción del juez omnipotente y con poderes ilimitados para darle a los asuntos llevadas a su estudio la solución que libremente quiera escoger.

No puede el juez romper abiertamente con la ley y dedicarse a crear un sistema legislativo propio. Pero al interpretar la ley científicamente, el juez puede darle la vida que en su simple texto no aparece, y llevarla a producir un resultado justo en ese momento histórico, pues éste debe ser el fin de toda sentencia (C. de E. C., art. 49).

La solución justa no debe buscarse solamente en el texto escueto de la ley, sino también en los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico positivo de cada país. Así, sin independizarse de la ley puede el juez contribuir a la creación de normas positivas, como una fecunda fuente de derecho en constante evolución."

A continuación se examinará brevemente la evolución de las ideas al respecto, y los aspectos desarrollados con posterioridad al autor citado.

La Revolución Francesa al adoptar las ideas de los filósofos sociales puso en vigencia el concepto de ley como voluntad de los ciudadanos expresada mediante la Asamblea y el dogma de la separación de poderes presente en la Declaración de derechos como garantía de la libertad: donde la función jurisdiccional no esté netamente separada de la función legislativa, la vida y la libertad de los ciudadanos quedarán a merced de la arbitrariedad, porque el juez, al no estar obligado a la estricta observancia de la ley, se transformará en legislador omnipotente. (Cf. ABREU y MEJÍA 2005)

El juez debía aceptar la ley tal como fue dictada. Si al dictar su sentencia se sustraía a su mandato, usurpaba las atribuciones del legislador violando de tal modo el principio de la separación de poderes. Bajo esa idea se renovó la prohibición a los jueces, contenida en la Ordenanza de 1667, de interpretar la ley, reservándose la Asamblea toda interpretación a través del remedio preventivo del *référé législatif.* (ABREU y MEJÍA 2005, 54)

Este sistema se reveló inoperante, porque se basa en teorías impracticables y pronto fue sustituido por el deber del juez de interpretar la ley, siempre dentro de una rígida sujeción a la letra de la norma.

El artículo 5 del Código Napoleón ratificó la prohibición a los jueces de fallar por vía de disposición general y reglamentaria las causas sujetas a su decisión. No se detuvieron allí los asambleístas, sino que consideraron la norma jurídica como única fuente de derecho y pensaron que la función del juez se debía limitar, en cada caso, a buscar entre los artículos del Código, el aplicable al caso a decidir, el que no podía faltar en un cuerpo de leyes carente de lagunas. (CALAMANDREI 1945, I, vol 2, 40-42)

Estos conceptos que presidieron el pensamiento jurídico durante casi dos siglos quedaron expresadas, entre otros textos legales, en el artículo 4º del Código Civil venezolano:

"A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.

Cuando no hubiere disposición precisa de la Ley, se tendrán en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiere todavía dudas, se aplicarán los principios generales del derecho."

Disposiciones semejantes en los Códigos se entendieron como el establecimiento de un orden en la interpretación, regido por el significado literal de las palabras, en el cual sólo cabía acudir al significado general de las normas y a la intención del legislador ante la oscuridad de la expresión.

El posterior desarrollo puede ser seguido con la ayuda de un trabajo anterior (MEJIA 1992). A mediados del siglo XX, la doctrina procesal

comenzó a poner en duda esta rigidez. Para Kart LARENZ (1966, 270 y ss), entre los diferentes criterios de interpretación, no existe ninguna relación jerárquica; sin embargo, es posible establecer algunas pautas sobre la importancia de cada uno de estos elementos y su mutua relación:

El *sentido literal*, no es casi nunca "unívoco", pues no hay que olvidar los varios significados generalmente atribuibles a una expresión.

El *lenguaje especial de una ley*, o considerado en forma amplia, el vocabulario jurídico, prevalece de ordinario sobre el sentido literal general, pero sobre ambos prevalecerán los criterios teleológicos.

La conexión de significado de las proposiciones jurídicas –interpretación sistemática– limita aún más las posibilidades de interpretación. "La sistemática de la ley es particularmente importante, en cuanto que de ella se puede inferir una referencia sobre las conexiones objetivas o sobre los propósitos del legislador".

Las representaciones de las personas que participaron en la legislación constituyen también un importante criterio de interpretación. Siguiendo este criterio resulta útil para determinar cómo debe ser interpretada la ley, averiguar los conceptos elaborados por los juristas que intervinieron en el proyecto legislativo.

Debe darse preferencia, entre los criterios teleológicos, al fin que reconociblemente persiguió el legislador. Sin embargo, si el fin del legislador histórico carece hoy de objeto, por haberse modificado las circunstancias en las cuales se promulgó la ley, o si su observancia contradice los valores fundamentales del orden jurídico, la disposición se interpretará conforme a los valores fundamentales y principios del orden jurídico actual.

Los criterios *teleológico-objetivos*, que buscan determinar esos valores y principios del orden jurídico *hic et nunc*; esto es, del orden jurídico concreto en la época actual, de hecho armonizan generalmente con los fines subjetivos del legislador; "*por ello, a menudo será posible una recíproca aclaración de estos fines*".

Ahora bien, "*por muy bien meditada que esté la ley, no puede contener una norma para todo caso que surja y que requiera una decisión*". En

otras palabras, toda ley, inevitablemente tiene "lagunas", que serán colmadas mediante el procedimiento de integración.

El citado artículo 4 del Código Civil, ordena en estos casos tener en consideración las disposiciones que regulan casos semejantes o materias análogas; y, si hubiera todavía dudas, se aplicarán los principios generales del Derecho.

"El desenvolvimiento metódicamente, dirigido del Derecho es sólo la continuación de la interpretación 'en sentido propio' más allá del límite inmanente de ésta del sentido literal posible. Pero esto no sería posible, si, a la inversa, la simple interpretación 'en sí' no fuese ya, si bien no en la conciencia del que interpreta, el comienzo de un desenvolvimiento del Derecho... en tanto y en cuanto, la interpretación es ya, también una actividad creadora". (Larenz 1966, 379)

Por otra parte, toda norma debe interpretarse conforme al sentido general del Derecho, el cual no es otro que la justicia.

... el sentido general de "Derecho" e "injusto", titularidad y obligación jurídica, de una declaración jurídicamente vinculante, etc., va ya presupuesto antes de que se pueda empezar con la correspondiente clasificación de los fenómenos individuales. No se deriva de ellos, sino que, más bien este sentido general es lo que les confiere su sentido específico, su significación". (Idem)

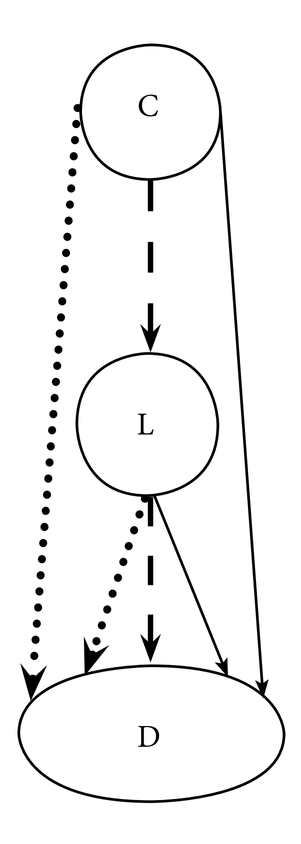
Lo justo o injusto en nuestro sistema está definido por las normas y principios constitucionales, de donde resulta que toda regla legal tiene que interpretarse conforme a la Constitución:

"De conformidad con las normas antes citadas, todo juez o jueza de la República, incluyendo los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, están en la obligación de garantizar la supremacía de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico, lo cual implica, sin lugar a dudas, que al interpretar la ley, para aplicarla al caso concreto, se garantice la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, aunque esa interpretación no se apegue al propósito de la norma, caso en el cual deberán desaplicarla. Sobre este particular Luis Aquiles Mejía Arnal en su artículo

titulado "Creación Judicial de Derecho", publicado en la Revista Nº 6 de la Fundación de la Procuraduría General de la República, Caracas 1992, pág. 189, expresó lo siguiente:

"No puede una ley contrariar la Constitución, ni en su letra ni en su espíritu, por tanto los derechos y garantías constitucionales deben ser el norte que guíe nuestra interpretación e integración del Derecho. ***Entre varias interpretaciones posibles debe optarse por aquella que garantice esos derechos, aun cuando no sea la más apegada al texto legal****, y si no es posible, insistimos, interpretar la ley de manera que no se lesionen los derechos constitucionales, debemos entonces desaplicarla, pues para ello tiene facultad nuestro juez".* (SCC 23-7-03, dec. 354)

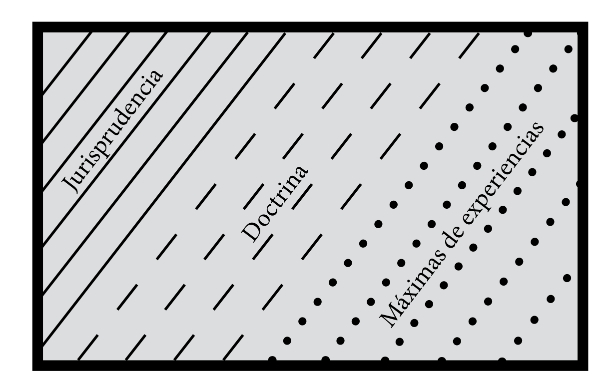
La interpretación conforme a la Constitución implica un nuevo esquema en las relaciones de producción del derecho, que pueden ser simbolizadas así:



La Constitución determina el contenido y modo de formación de la ley, y la ley determina el contenido y modo de formación de la decisión. Esta relación denominada por Kelsen "producción del derecho por grados" es la predominante en la doctrina hasta la primera mitad del siglo anterior y está representada en el gráfico por la flecha roja central.

Posteriormente se abrió paso en el derecho europeo continental la idea, de estirpe anglosajona, del valor normativo de la Constitución que determina la influencia de la Constitución en la sentencia. Ahora bien, la Carta Magna expresa las ideas más generales del Estado y la Sociedad, en tanto que la sentencia resuelve un caso concreto. El paso de lo general a lo particular se hace con ayuda de la jurisprudencia y la doctrina, representadas por las flechas amarillas y verdes. Es decir, la Constitución tiene también valor normativo en su interpretación realizada por los jueces y los autores.

Por otra parte, la ley constituye un marco obligatorio de referencia que determina la decisión judicial, también con intervención de las fuentes doctrinales de derecho. Este marco legal obligatorio es más o menos denso de acuerdo al grado de determinación legal del concepto y es siempre completado por el juez con intervención de la jurisprudencia, la doctrina y las máximas de experiencia, al elaborar la premisa mayor o regla general a aplicar en la sentencia:



El precepto legal, aquí simbolizado por el marco obligatorio de referencia de color negro, necesita ser completado por el juez, lo cual realiza con la ayuda de jurisprudencia, doctrina de los autores y máximas de experiencia. El resultado forma la premisa mayor o regla general aplicable.

No es posible aplicar la ley sin integrarla con el resto del ordenamiento jurídico, bajo la guía de los mandatos y principios constitucionales, y sin completar su significado con la doctrina –judicial y de los autores– y con las máximas de experiencia.

Un ejemplo de un concepto jurídico definido por la ley puede ilustrar la explicación. Establece el artículo 782 del Código Civil:

"Quien encontrándose por más de un año en la posesión legítima de un inmueble, de un derecho real, o de una universalidad de muebles, es perturbado en ella, puede, dentro del año, a contar desde la perturbación, pedir que se le mantenga en dicha posesión."

El concepto de posesión legítima está definido por el artículo 772 del mismo Código:

"La posesión es legítima cuando es continua, no interrumpida, pacífica, pública, no equívoca y con intención de tener la cosa como suya propia."

Sin embargo, con la sola ayuda del diccionario no se puede entender la aparente repetición de conceptos –posesión continua y no interrumpida– debiendo el juez acudir a la doctrina, bien sea porque recuerde la diferencia doctrinal o la consulte, por ejemplo en Kummerow:

"En apariencia la continuidad es sinónimo de no interrupción. La sinonimia; no obstante, se desvanece en el propio texto positivo, al colocar el dispositivo técnico, separadamente, los dos vocablos. Es continua la posesión, cuando ha sido ejercitada siempre por el poseedor durante el tiempo de que se trata. La discontinuidad -en la orilla opuesta depende de la persona misma del poseedor, cuando es él quien decide suspender o abandonar el ejercicio de los actos posesorios que implican el normal ejercicio de la posesión.

[…]

La posesión se interrumpe cuando el poseedor deje de ejercitar los actos posesorios por un hecho o evento independiente de él, en particular por la

actuación de un tercero que subentra en la posesión, desplazando al primero." (Kummerow 1965, 148, 149)

Así precisado el contenido de la norma, en el punto, es posible su posterior aplicación a los hechos establecidos por el juez.

Cuando se trata de un concepto no definido por la ley, la labor de formación de la premisa mayor judicial es más amplia, por ser más tenue el marco legal. El contenido de la injuria grave que hace imposible la vida en común es casi totalmente definido por el juez para el caso concreto, con intervención preponderante de las máximas de experiencia, porque es imposible la elaboración legal o jurisprudencial de una definición que abarque los caracteres de todos los casos, o la elaboración de un catálogo de injurias –las posibilidades son infinitas–.

Por el contrario, en los conceptos jurídicos mejor definidos, parece desaparecer la necesidad de interpretación. Se ha ejemplificado como concepto jurídico definido por la ley la mayoría de edad: *Es mayor de edad quien haya cumplido dieciocho (18) años* (art. 18 CC). Su aparente aplicación directa no es producto de la aplicación del artículo 12 del Código Civil, sino de una fuerte máxima de experiencia: cuando nace un niño se celebra su primer año, y se aguarda el final de cada año para la celebración; por consiguiente, se cumplen 18 años al final del décimo octavo año. Sin embargo, como no existe la máxima de experiencia del cumplimiento de siglos o milenios, la mitad de la humanidad conmemoró el fin del siglo y del milenio el 31 de diciembre de 1999, cuando apenas comenzaba el último año del lapso.

En conclusión, la tarea de interpretación e integración del derecho es un paso previo necesario para su aplicación, se trate de reglas legales expresas aparentemente claras; o de reglas contradictorias, deficientes, oscuras o ambiguas.

Ahora bien, las dificultades que encuentre el juez para establecer los hechos y aplicar el derecho, difícilmente conducirán a una declaración expresa de omisión de pronunciamiento, más bien podrá producirse un indefinido retardo en la decisión.

RETARDO JUDICIAL

La Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de 7 de marzo de 2001, dec. Nº 317, aclaró que si bien, bajo criterio *stricto sensu*, "denegación de justicia" es negarse o abstenerse a decidir, pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, el propio ordenamiento jurídico venezolano da a dicha situación jurídico fáctica, similar tratamiento al retardo ilegal en el proveimiento de alguna medida, providencia, decreto o decisión en el marco de las irregularidades en la administración de justicia a los efectos de las sanciones disciplinarias dispuestas para los jueces. De tal manera, que a ambas figuras se les atribuyen los mismos efectos sancionatorios, por lo que, *in genere*, se pueden englobar dentro de una misma conducta.

La Ley de Carrera Judicial, en su artículo 39, establece como causa de suspensión del cargo de juez:

"[…] Cuando no observen la exactitud de los plazos y términos judiciales a que están sujetos conforme a las leyes, o difieran las sentencias sin causa justificada.

[…] Cuando se abstengan de decidir so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la Ley, de oscuridad en sus términos, o cuando retardaren ilegalmente dictar alguna medida, providencia, decreto, decisión o sentencia, aunque no se hubiere interpuesto por estos motivos la queja para hacer efectiva la responsabilidad civil ni la acción penal correspondiente a la denegación de justicia."

Como asentó la Sala Político Administrativa, la ley equipara el retardo al decidir con la expresa abstención, significado propio de la denegación de justicia.

Ahora bien, no parece existir una vía procesal efectiva para combatir el retardo en la administración de justicia, diferente a la impracticable denuncia penal contra el juez, puesto que en criterio de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, si bien la omisión puede dar lugar al amparo, no basta para la procedencia del recurso:

"En tal sentido, considera esta Sala que, una vez que el justiciable ha tenido acceso a los órganos de administración de justicia, no puede pre-

tenderse que el retardo judicial de los órganos jurisdiccionales en emitir un pronunciamiento pueda ser considerada, en sí misma, como una causal para la procedencia de una acción de amparo constitucional pues, en atención al criterio citado supra se debe demostrar que a través de dicha omisión, se ha producido la violación de derechos de rango constitucional. (SCon 13-6-01, dec. 1061)

Por otra parte, no se puede pretender mediante el amparo algo diferente al restablecimiento de una situación jurídica infringida:

"Al respecto, considera esta Sala que el retardo que pudiera existir por parte de la Corte de Apelaciones para emitir un pronunciamiento en relación con la apelación interpuesta, no acarrea la vulneración de ningún derecho constitucional, pues resulta evidente, que cuando el accionante pretende, a través de esta vía de amparo, que se le conceda el beneficio del establecimiento abierto previsto en la Ley de Régimen Penitenciario, no está solicitando el restablecimiento de una situación jurídica que le ha sido lesionada, sino la constitución de una situación jurídica que no poseía al momento de la interposición de la acción, lo que determina la improcedencia de la presente acción de amparo." (Idem)

Resulta difícil que un proveimiento judicial solicitado se dirija a solicitar el restablecimiento de una situación jurídica de rango constitucional, por lo cual y no obstante la apertura que significa la admisibilidad del amparo contra omisiones de los jueces, en la práctica no es accesible esta vía.

Denegación de justicia

Explica Humberto Cuenca (1976, 113) que la denegación de justicia es la negligencia o negativa por parte del juez de decidir las cuestiones sometidas a su decisión por las partes.

"Deniega justicia no sólo el juez que rehúsa decidir la controversia, sino también quien omite la aplicación de la ley o retarda innecesaria y maliciosamente el proveer sobre las solicitudes de las partes. La denegación de justicia acarrea al juez que en ella incurre en una doble responsabilidad, civil y penal. La parte dañada puede intentar recurso de queja contra el juez, de conformidad con el n. 4º del art. 708, por no haber providenciado

en el tiempo legal o haber negado ilegalmente algún recurso concedido expresamente por la ley. Si fuere gravísima, suspensión del cargo hasta, por tres, meses, más las costas del proceso. Responsabilidad penal, porque si el juez maliciosamente ha denegado justicia, incurre en un delito, que es el castigado por el art. 207 del c.p., pero siempre que concurran las circunstancias para intentar contra él el recurso de queja, o sea, no haber proveído en tiempo legal o haber negado un recurso concedido por la Ley."

El delito de denegación de justicia está comprendido dentro de la regulación del artículo 207 del Código Penal:

"Todo funcionario público que bajo cualquier pretexto, aunque fuere el del silencio, oscuridad, contradicción o insuficiencia de la ley, omita o rehuse cumplir algún acto de su ministerio, será castigado con multa de cincuenta a mil quinientos bolívares.

Si el funcionario público es del ramo judicial, se reputará culpable de la omisión o de la excusa, siempre que concurran las condiciones que requiere la ley para intentar contra él el recurso de queja, a fin de hacer efectiva la responsabilidad civil."

Es fácil comprobar que la sanción será esencialmente moral, con lo cual queda desasistido el justiciable de medios para solucionar el real problema que supone la renuencia de los jueces a decidir.

JURISPRUDENCIA

Juz. Sustanciación SP 01-08-02. Exp. 02-064:

"Al respecto, observa quien suscribe que en los casos de delitos de denegación de justicia, ***in abstracto****, no cabe duda que el solicitante a quien presuntamente se le niega la solicitud incoada, o en contra de quien obra el perjuicio cuestionado, ha de ser considerado como uno de aquellos a quienes afecta directamente el delito. En efecto, considera este Juzgado de sustanciación que, para tal conclusión, es importante tomar en cuenta que el delito de denegación de justicia persigue proteger los intereses de los justiciables, atendiendo, fundamentalmente, a tutelar sus derechos a la defensa y al debido proceso, el acceso a la justicia y el derecho de petición y oportuna respuesta, todos estos acogidos por la Constitución de la República (Artículos 49, 26 y 51 de la Carta Magna, respectivamente)."*

SCC 23-7-03, dec. 354:

"De conformidad con las normas antes citadas, todo Juez o Jueza de la República, incluyendo los miembros del Tribunal Supremo de Justicia, están en la obligación de

garantizar la supremacía de la Constitución sobre el ordenamiento jurídico, lo cual implica, sin lugar a dudas, que al interpretar la ley, para aplicarla al caso concreto, se garantice la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales, aunque esa interpretación no se apegue al propósito de la norma, caso en el cual deberán desaplicarla. Sobre este particular Luis Aquiles Mejía Arnal en su artículo titulado "Creación Judicial de Derecho", publicado en la Revista Nº 6 de la Fundación de la Procuraduría General de la República, Caracas 1992, pág. 189, expresó lo siguiente:
"No puede una ley contrariar la Constitución, ni en su letra ni en su espíritu, por tanto los derechos y garantías constitucionales deben ser el norte que guíe nuestra interpretación e integración del Derecho. ***Entre varias interpretaciones posibles debe optarse por aquella que garantice esos derechos, aun cuando no sea la más apegada al texto legal****, y si no es posible, insistimos, interpretar la ley de manera que no se lesionen los derechos constitucionales, debemos entonces desaplicarla, pues para ello tiene facultad nuestro Juez".*
La Sala Constitucional se ha pronunciado acerca de la interpretación conforme a la Constitución en sentencia Nº 1269, de fecha 19 de julio de 2001, caso Richard José Oropeza, exp. Nº 01-1275, en el sentido siguiente:
"Asimismo, ha evidenciado esta Sala que a través de la decisión de 25.04.01, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, al interpretar el artículo 163 de la Constitución con el fin de determinar la razonabilidad de la pretensión del accionante, no ejerció atribuciones exclusivas de esta Sala Constitucional. Al contrario de lo que éste afirma y haciendo abstracción de lo acertado o no del juicio emitido por dicha Corte al respecto, este Alto Tribunal ha reconocido que todos los órganos judiciales tienen la potestad, primero, de observar directamente las normas constitucionales o de aplicar las reglas del ordenamiento jurídico desde una interpretación conforme con aquéllas; segundo, de desaplicar las normas legales o sublegales contrarias a ésta; tercero, de asegurar la integridad de la Constitución y, cuarto, de salvaguardar los derechos y garantías constitucionales. Todo ello con arreglo a lo dispuesto en los artículos 7, 334 (primero y segundo incisos) y 26, todos de la Constitución. Por consiguiente, el argumento según el cual el fallo impugnado habría incurrido en vicios de incompetencia de orden constitucional debe ser desechado". (Resaltado de la Sala)
[…]
Así la interpretación literal de la norma en comento, no puede nunca ir en contra de principios tutelados por la Constitución, específicamente el derecho a la defensa; por lo tanto, dado que este derecho abriga a ambas partes y es bilateral en el proceso, los jueces están en el deber de analizar cada caso concreto a los fines de verificar que la renuncia del apoderado o su sustituto no perjudique a alguna de las partes. Así se pueden plantear dos circunstancias distintas, a saber:
[…]
En casos como los referidos, no cabe duda que los jueces deben apartarse del sentido literal de la norma y, por vía de consecuencia, deben interpretarla de una manera cónsona con los derechos y garantías tutelados por la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, específicamente el derecho a la defensa; por lo cual se

verían obligados a considerar que la renuncia del apoderado o la del sustituto debe surtir efectos frente a ambas partes a partir de la notificación del poderdante, garantizando de esta manera el derecho a la defensa de la parte que quedó desasistida de representación en juicio, lo cual no perjudica a la otra parte puesto que de conformidad con el ordinal 2º del artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, esta renuncia surte efectos frente a ellos a partir de la notificación, es decir, surtiría efectos en el proceso al mismo tiempo para ambas partes.

SPA 07-03-01, dec. Nº: 317

"En complemento de lo declarado, la Sala observa que si bien, bajo criterio "estricto sensu", el término "denegación de justicia" es negarse o abstenerse a decidir, pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, el propio ordenamiento jurídico venezolano de manera regular da a dicha situación jurídico fáctica, similar tratamiento con el retardo ilegal en el proveimiento de alguna medida, providencia, decreto o decisión en el marco de las irregularidades en la administración de justicia a los efectos de las sanciones disciplinarias dispuestas para los jueces. De tal manera, que a ambas figuras se les atribuyen los mismos efectos sancionatorios, por lo que, in genere, se pueden englobar dentro de una misma conducta. […]

En el mismo contexto, es valioso resaltar que en el ámbito jurisprudencial tenemos que en decisión de fecha 11 de agosto de 2000, recaída en el Expediente Nº 1104, la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal expresó:

"Si examinamos el criterio existente en cuanto a la denegación de justicia, debe tenerse en cuenta que, tal como lo define Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual, denegación es el delito que se comete desobedeciendo injustificadamente un requerimiento de la autoridad o eludiendo sin excusa legal una función o un cargo público. Agrega el mismo autor, que es la actitud contraria a los deberes que las leyes procesales imponen a los jueces y magistrados en cuanto a resoluciones, plazos y trámites. Es un delito propio de los jueces o tribunales, cuando se niegan a fallar en un asunto sometido a su resolución, pues bajo ningún pretexto pueden dejar de decidir". (Negrillas de la Sala Político Administrativa).

Así mismo, esta Sala Político Administrativa en fallo No 1671, de fecha 18 de julio de 2000 (Expediente 16.491), en el marco de exponer las razones que motivaron a la Sala a avocarse al conocimiento de los hechos objeto del referido expediente, estatuyó:

"El problema de la ejecución de los fallos judiciales, objeto de estudio en la presente decisión, constituye un verdadero obstáculo al derecho a la tutela judicial efectiva, cuando la parte que resulta vencedora en juicio, no es repuesta en su derecho y verdaderamente compensada, siendo éste un punto no menos trascendental que la función de juzgar en todos los procesos, ya que la potestad jurisdiccional, sin duda, debe ir más allá, no agotando su contenido en la exigencia de que el interesado acuda a los órganos jurisdiccionales para solicitar justicia, sino incluso haciendo ejecutar lo juzgado, de manera tal que, quien tenga la razón, pueda igualmente ejecutar el derecho que le asiste".

De manera que todo ello evidencia que no es una impropiedad jurídica sino, ajustado a derecho referir, que hubo "denegación de justicia", tal como lo hizo el Consejo de

la Judicatura en su providencia sancionatoria ante el hecho de haber quedado demostrado una conducta manifiestamente de abstención, retardataria e injustificada legalmente en la ejecución de un fallo.

SPA 18-07-00, dec. Nº 1671:

"5. Determinación específica de la responsabilidad de los jueces u otros funcionarios judiciales que han actuado con negligencia o denegación de justicia, en relación a la obligación de hacer ejecutar lo juzgado.

Expresa LUIS ORTIZ ALVAREZ, –en lo que respecta a la actividad jurisdiccional–, que "...la Responsabilidad del Estado es perfectamente admisible –y de hecho ello es una posibilidad y exigencia de fuerza constitucional–, bien que ciertamente la particularidad de la actividad en juego trae consigo ciertas limitaciones aceptables y necesarias tales como, por un lado, la utilización de niveles altos de anormalidad funcional –esto es, dada la dificultad de la función jurisdiccional, exigiéndose la falta grave– y, por otro lado, la exclusión de responsabilidad en relación al contenido de las sentencias definitivas...", y que tal determinación en el campo de la responsabilidad, "...se dirige fundamentalmente al caso de las sentencias erróneas o errores judiciales...".

Comparte esta Sala el criterio de la conexidad de los supuestos antes mencionados con la idea de la Responsabilidad de la Administración por funcionamiento anormal (del servicio de la administración de justicia), aun cuando considera menester incluir un "no" menos importante supuesto al caso del funcionamiento anormal del Poder Judicial, referido al ilícito de la "denegación de justicia", que bien puede configurar la abstención del Juez a emitir un pronunciamiento en la etapa cognitiva, así como también en el incumplimiento de ejecutar la decisión judicial que acordó un derecho a la parte en el juicio a que diera lugar.

Así pues, con la existencia de éstos tres supuestos y las diversas manifestaciones de cada uno de ellos en las diversas materias, se puede establecer la Responsabilidad del Estado Juez, partiendo de la noción de que la justicia es por demás un servicio público cuya prestación está garantizada plenamente en la Constitución de la República, y como tal, debe cumplir con las características inherentes a su funcionalidad, so pena de incurrir en falta grave por la anormalidad en su funcionamiento."

SCS 10-02-04, dec. Nº 91:

"En este sentido, la Sala Constitucional ha señalado en sentencia de fecha 24 de enero del año 2001, lo siguiente:

"El derecho a la defensa y al debido proceso constituyen garantías inherentes a la persona humana y en consecuencia, aplicables a cualquier clase de procedimientos. El derecho al debido proceso ha sido entendido como el trámite que permite oír a las partes, de la manera prevista en la Ley, y que ajustado a derecho otorga a las partes el tiempo y los medios adecuados para imponer sus defensas. En cuanto al derecho a la defensa, la Jurisprudencia ha establecido que el mismo debe entenderse como la oportunidad para el encausado o presunto agraviado de que oigan y analicen oportunamente sus alegatos y pruebas. En consecuencia, existe violación del derecho a la

defensa cuando el interesado no conoce el procedimiento que pueda afectarlo, se le impide su participación o el ejercicio de sus derechos, o se le prohíbe realizar actividades probatorias."

Igualmente esta Sala de Casación Social ha señalado que cuando el equilibrio procesal se rompe por un acto imputable al Juez, al privar o limitar indebidamente a una de las partes el libre ejercicio de los medios y recursos que la ley le pone a su alcance para hacer valer sus derechos, el Juez incurre en indefensión o menoscabo del derecho de defensa."

SCon 14-12-05, dec. 4674:

"***En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura***." (Resaltado de este fallo). *[…]*

*Asimismo, la ineficacia del escrito de formalización también deriva del incumplimiento de las condiciones de modo, establecidas en el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil, que determina la forma que debe cumplir el escrito, así como el orden de prelación de las denuncias. En tal supuesto, la presentación del escrito en referencia originará la apertura de los lapsos siguientes, en el trámite del recurso de casación, y, después de concluida la sustanciación, el Juez de casación evidenciará la falta de cumplimiento de los requisitos del escrito, luego de su examen (Cf. A. Abreu Burelli y L.A. Mejía Arnal, **La Casación Civil**, Caracas, Editorial Jurídica Alva, 2000, p. 501). Determinada la ineficacia de la formalización, también procederá la perención del recurso, según el artículo 325 eiusdem.*

La relevancia de la formalización del recurso de casación radica en la naturaleza jurídica del mismo, como un recurso extraordinario, lo que exige su fundamentación en los motivos establecidos de forma taxativa por la ley. De ahí que, ante la falta de consignación del escrito correspondiente, o bien ante su ineficacia, derivada del incumplimiento de las condiciones de modo, lugar y tiempo establecidas, el recurso debe declararse perimido, por expresa disposición legal.

La Sala considera que tal consecuencia jurídica no contradice los artículos 26 y 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que consagran la tutela judicial efectiva, la concepción del proceso como un instrumento de realización de la justicia y la exclusión de los formalismos inútiles.[…]

Pero no todo incumplimiento de alguna formalidad puede conducir a la desestimación o inadmisión de la pretensión, ya que para ello el Juez debe previamente analizar: a) la finalidad legítima que pretende lograrse en el proceso con esa formalidad; b) constatar que esté legalmente establecida, c) que no exista posibilidad de convalidarla; d) que exista proporcionalidad entre la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el rechazo de la pretensión.[…]

De tal manera que, en virtud de las razones antes expuestas estima esta Sala que, por cuanto el requerimiento efectuado por la Sala de Casación Social de este Tri-

bunal Supremo de Justicia, en su decisión núm. 1.049, del 4 de agosto de 2005, que declaró perecido el recurso de casación interpuesto por la representación judicial del ciudadano Miguel Ángel Villalobos Fuenmayor, contra la sentencia dictada el Juzgado Superior Primero del Circuito Judicial Laboral de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia, el 1° de noviembre de 2004, constituye una deliberada violación de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 2, 26 y 257, antes citados, ante el exagerado formalismo de dicho órgano que prescindió de una justa ponderación de las normas aplicables al caso, esta Sala Constitucional declara ha lugar en derecho la solicitud formulada. En consecuencia, se anula el identificado fallo de Casación."

SCon 5-5-05, dec. 723:

"Ahora bien, se observa que la accionante alegó que la apelación ejercida contra el auto de fecha 17 de diciembre de 2004, que negó la solicitud de reposición de la causa, no había sido oída para la fecha de interposición de la presente acción de amparo, esto es 12 de enero de 2005, siendo ello así, aún cuando no existen elementos suficientes que hagan presumir que tal circunstancia se haya producido, debe esta Sala en resguardo a la tutela judicial efectiva y a la defensa de los derechos constitucionales de los particulares, advertir que tal omisión por parte del Tribunal denunciado como agraviante constituiría sin duda alguna una flagrante violación a los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, toda vez que el recurso de apelación es un mecanismo de defensa otorgado a la parte perdidosa que se encuentra en desacuerdo con la decisión dictada, sustentado en el principio de la doble instancia, por lo cual y, de efectivamente ser cierta la denuncia efectuada por la quejosa, debe esta Sala exhortar al Juzgado Tercero de Primera Instancia de Juicio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua, se pronuncie sobre la apelación efectuada en fecha 20 de diciembre de 2004, si para la fecha de publicación y que tenga conocimiento del presente fallo no lo ha hecho, so pena de la responsabilidad que tal conducta implica, de conformidad con el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide."

SCon 17-6-05, dec. 1277:

"Al respecto, la Sala observa que el fallo cuestionado objeto del presente amparo si bien equívocamente utilizó la fórmula decisoria relacionada con la inexistencia de materia sobre la cual decidir, hizo una correlación de fundamentos por los cuales pretendió desestimar el recurso de hecho incoado, precisando para ello que la parte apelante –actual accionante– no presentó por escrito la tablilla donde constare los días de despacho celebrados por el juzgado que dictó la decisión en contra del accionante y negó la apelación ejercida por su persona.[…]

Por tanto, el mencionado Juzgado Superior no actuó con la diligencia necesaria e incurrió en absolución de la instancia, pues no decidió la causa por faltar elementos en autos que el mismo pudo solicitar

Visto entonces, que la omisión del Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Estabilidad Laboral y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua trajo como consecuencia la declaratoria de "no tiene materia sobre la cual decidir", vulneró el debido proceso y la tutela judicial efectiva del recurrente,

quien tiene derecho a obtener una decisión fundada en derecho que ponga fin al conflicto suscitado, esta Sala Constitucional declara con lugar la acción de amparo ejercida por el apoderado judicial del ciudadano Cruz Marval contra la decisión dictada, el 21 de octubre de 2002, por el Juzgado Superior en lo Civil, Mercantil, del Tránsito, del Trabajo, de Estabilidad Laboral y de Menores de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua. En consecuencia, se anula la decisión señalada y se ordena al Juzgado Superior que corresponda conforme al régimen procesal vigente, la práctica de las diligencias necesarias para dictar una nueva decisión que provea respecto del recurso de apelación interpuesto por el hoy accionante. Así se declara".

SCon 13-6-01, dec. 1061:

"En tal sentido, estima esta Sala oportuno referir el criterio establecido sobre la posibilidad de accionar en vía de amparo contra las omisiones de los órganos jurisdiccionales, conforme al cual, en sentencia del 28 de julio de 2000, se señaló lo siguiente :
*"**ante situaciones que constituyen una omisión que, podría también ser susceptible de configurar un caso de violación de derechos de rango constitucional**."* (Resaltado de la Sala)

[…]

En tal sentido, considera esta Sala que, una vez que el justiciable ha tenido acceso a los órganos de administración de justicia, no puede pretenderse que el retardo judicial de los órganos jurisdiccionales en emitir un pronunciamiento pueda ser considerada, en sí misma, como una causal para la procedencia de una acción de amparo constitucional pues, en atención al criterio citado supra se debe demostrar que a través de dicha omisión, se ha producido la violación de derechos de rango constitucional.

Artículo 20

Cuando la ley vigente, cuya aplicación se pida, colidiere con alguna disposición constitucional, los Jueces aplicarán ésta con preferencia.

Control difuso y control concentrado de la constitucionalidad

La Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela comenta que es principio fundamental la supremacía y fuerza normativa de la Constitución:

"…es la norma de mayor jerarquía y alcanza su vigencia a través de esa fuerza normativa o su capacidad de operar en la vida histórica de forma determinante o reguladora. Dichos principios constituyen el fundamento de todos los sistemas constitucionales del mundo y representan la piedra angular de la democracia, de la protección de los derechos fundamentales y de la justicia constitucional."

La norma comentada es expresión del control difuso de la constitucionalidad de las leyes por todos los jueces de la República, quienes al igual que todos los ciudadanos están obligados a acatar la Constitución:

"Artículo 7. La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución."

Constituye un primer antecedente de la regla constitucional, el artículo 5 de la Constitución de 1821 (Constitución Grancolombiana de Cúcuta): *"Son deberes de cada colombiano vivir sometido a la Constitución y a las leyes…"* reproducido en la primera Constitución de Venezuela (1830): *"Art. 12. Son deberes de cada venezolano: vivir sometido a la Constitución y a las leyes…"*, principio de valor legal principal de la

Constitución reproducido en las posteriores Leyes Supremas de Venezuela.

Este concepto que procede de las ideas desarrolladas por Andrew Jackson: *"la Constitución se proclama a sí misma y a las leyes de los Estados Unidos como suprema ley del país"* (cf. García Pelayo, 1991, I, 502), es correlativo al establecimiento de un control difuso de la constitucionalidad de las leyes.

Fix Zamudio (2003) señala dos categorías de control de la constitucionalidad de los actos de autoridad, y consiguientemente, de las disposiciones legislativas. En primer lugar, la que califica de "americana", no sólo por haberse establecido en principio en la Constitución de Estados Unidos de 1787, sino también por haber servido de modelo, con sólo dos excepciones (Perú y Ecuador, que posteriormente se afiliaron a este sistema), en la mayoría de los países americanos.

"En principio, este sistema americano de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes podemos caracterizarlo, de forma abstracta, como la facultad atribuida a todos los jueces para declarar en un proceso concreto la inaplicabilidad de las disposiciones legales secundarias que sean contrarias a la Constitución y con efectos sólo para las partes que han intervenido en esa controversia." (Fix Zamudio 2003, 206)

Este sistema de control por órgano judicial difuso (es decir, por todos los jueces) de la constitucionalidad de las leyes, se ha contrapuesto al sistema denominado "austriaco", que surgió en la Constitución austriaca de 1920, debido a la inspiración de Hans Kelsen.

"También esquemáticamente podemos caracterizar el sistema que hemos denominado austriaco como la atribución a un órgano especializado, llamado Corte o Tribunal Constitucional (y cuya naturaleza sigue siendo debatida), para decidir todas las cuestiones relativas a la constitucionalidad de la leyes, que no pueden ser conocidas por jueces ordinarios, por lo que deben plantearse siempre en la vía principal o vía de acción, por los organos del Estado afectados por el ordenamiento inconstitucional, en la inteligencia de que el fallo del citado tribunal especializado que declara la inconstitucionalidad tiene efectos generales (erga omnes), es decir, implica

la ineficacia de la ley respectiva a partir del momento en que se publica la decisión de inconstitucionalidad." (Idem, 207)

En la práctica, advierte el doctrinario mexicano, estos elementos aparecen matizados, y si bien el predominio de varios de ellos nos permite calificar un sistema de americano o austriaco, no podemos considerarlos de forma pura, ya que se encuentran mezclados, e inclusive se observa la tendencia hacia su combinación a través de sistemas mixtos, que utilizan las ventajas de ambos y eluden los inconvenientes de la estructura rígida. (Idem, 208)

En estos sistemas mixtos puede inscribirse el venezolano, que combina el control difuso, del cual es expresión la facultad conferida por este artículo de desaplicar las normas legales que juzgue inconstitucionales, con la posibilidad de una demanda de nulidad por inconstitucionalidad a ser conocida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

En el Derecho venezolano existen además otros modos de control de la constitucionalidad de los actos jurisdiccionales, y estos son el amparo contra decisiones judiciales y la revisión, ejercida por la Sala Constitucional, de sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas. Al respecto conviene transcribir el Capítulo I del Título VIII, "De la Garantía de la Constitución":

"Artículo 333. Esta Constitución no perderá su vigencia si dejare de observarse por acto de fuerza o porque fuere derogada por cualquier otro medio distinto al previsto en ella.

En tal eventualidad, todo ciudadano investido o ciudadana investida o no de autoridad, tendrá el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Artículo 334. Todos los jueces o juezas de la República, en el ámbito de sus competencias y conforme a lo previsto en esta Constitución y en la ley, están en la obligación de asegurar la integridad de esta Constitución.

En caso de incompatibilidad entre esta Constitución y una ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales, correspon-

diendo a los tribunales en cualquier causa, aún de oficio, decidir lo conducente.

Corresponde exclusivamente a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como jurisdicción constitucional, declarar la nulidad de las leyes y demás actos de los órganos que ejercen el Poder Público dictados en ejecución directa e inmediata de la Constitución o que tengan rango de ley, cuando colidan con aquella.

Artículo 335. El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.

Artículo 336. Son atribuciones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

1. *Declarar la nulidad total o parcial de las leyes nacionales y demás actos con rango de ley de la Asamblea Nacional, que colidan con esta Constitución.*
2. *Declarar la nulidad total o parcial de las Constituciones y leyes estadales, de las ordenanzas municipales y demás actos de los cuerpos deliberantes de los Estados y Municipios dictados en ejecución directa e inmediata de esta Constitución y que colidan con ella.*
3. *Declarar la nulidad total o parcial de los actos con rango de ley dictados por el Ejecutivo Nacional, que colidan con esta Constitución.*
4. *Declarar la nulidad total o parcial de los actos en ejecución directa e inmediata de esta Constitución, dictados por cualquier otro órgano estatal en ejercicio del Poder Público, cuando colidan con ésta.*
5. *Verificar, a solicitud del Presidente o Presidenta de la República o de la Asamblea Nacional, la conformidad con esta Constitución de*

los tratados internacionales suscritos por la República antes de su ratificación.

6. *Revisar, en todo caso, aun de oficio, la constitucionalidad de los decretos que declaren estados de excepción dictados por el Presidente o Presidenta de la República.*

7. *Declarar la inconstitucionalidad de las omisiones del poder legislativo municipal, estadal o nacional cuando haya dejado de dictar las normas o medidas indispensables para garantizar el cumplimiento de esta Constitución, o las haya dictado en forma incompleta, y establecer el plazo y, de ser necesario, los lineamientos de su corrección.*

8. *Resolver las colisiones que existan entre diversas disposiciones legales y declarar cuál debe prevalecer*

9. *Dirimir las controversias constitucionales que se susciten entre cualesquiera de los órganos del Poder Público.*

10. *Revisar las sentencias definitivamente firmes de amparo constitucional y de control de constitucionalidad de leyes o normas jurídicas dictadas por los Tribunales de la República, en los términos establecidos por la ley orgánica respectiva.*

11. *Las demás que establezcan esta Constitución y la ley."*

Entre las decisiones judiciales a ser revisadas por la Sala Constitucional se encuentran las sentencias emanadas de los otros Tribunales o de las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia que desapliquen una Ley para el caso concreto, por determinarla inconstitucional. Los términos de este control específico han sido establecidos por vía jurisprudencial:

"Puede notarse que la Sala fue clara sobre el particular: los fallos de desaplicación de normas, que sean definitivamente firmes, son revisables a través del mecanismo extraordinario que prevé el número 10 del artículo 336 de la Constitución, caso en el que la discrecionalidad de que goza la Sala para aceptar la solicitud no es la misma que la existente en el supuesto de los fallos definitivamente firmes de amparo. Precisamente la

relevancia del análisis de los fallos por los que se ejerció el control difuso, y que obliga a efectuar distingos respecto de los fallos de amparo, obliga a los jueces desaplicantes a remitir la decisión a la Sala, a fin de que no haya caso que escape al control que ésta debe efectuar.

La Sala reitera que la razón que lo justifica es la necesidad de lograr "mayor eficacia de la conexión entre el control concentrado, que corresponde a esta Sala, y el control difuso, que corresponde a todos los jueces de la República", pues de esa manera se obtendrá "una mayor protección del texto constitucional y se evitará la aplicación general de normas inconstitucionales o la desaplicación de normas ajustadas a la Constitución en claro perjuicio para la seguridad jurídica y el orden público constitucional".

Lo contrario sería aceptar que –reitera también la Sala– "el control difuso no tendría más efecto práctico que el que deviniese de su aplicación al caso concreto, en perjuicio del orden público constitucional, pues su canal de conexión con el control concentrado –que tiene efectos erga omnes– estaría condicionado a la eventual solicitud de revisión de la persona legitimada para ello, con la consiguiente disminución del alcance potencial de los instrumentos con que el nuevo texto constitucional ha provisto a esta Sala (carácter vinculante de sus decisiones y facultad de revisión), con la finalidad de hacer más eficaz el resguardo de la incolumidad constitucional".

De esta manera, la Sala no sólo aceptó la remisión que se le hizo en el referido caso, sino que declaró que ello era obligación de todo juez, siempre que –se insiste en el fallo– fuera definitivamente firme, por ser ese el supuesto de revisión que permite la Constitución."

[…]

"Esta Sala sólo conoce, por mandato constitucional y legal, de la revisión de fallos definitivamente firmes. Cualquier fallo en el que efectivamente se haya ejercido el control difuso, remitido sin la firmeza requerida escapa de la revisión de la Sala, pues es objeto de los recursos a que haya lugar ante los órganos jurisdiccionales que corresponda. Para la determinación de la firmeza del fallo, la Sala ordena, a partir de la fecha de publicación del presente fallo, que la remisión la efectúe, con la mención

debida a ese carácter, el órgano judicial que quede encargado del archivo del expediente de manera definitiva, único que puede dar fe de que ya contra la decisión no procede recurso alguno; bien porque ya fueron ejercidos los existentes o precluyeron los lapsos para ello. En otros términos, el control de esta Sala se realizará respecto de aquellos fallos en los que efectivamente se haga un pronunciamiento definitivamente firme sobre la desaplicación de una norma por control difuso, independientemente de que el juez de alzada confirme o no el fallo que sobre esta materia dicte el tribunal de la primera instancia.

Lo anterior no impide que, cuando así lo amerite, la Sala haga uso de su poder de actuación de oficio, previsto en el artículo 18, sexto aparte, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y decida conocer de un asunto relativo a la constitucionalidad de una norma legal aun antes de la firmeza de los fallos. Será la Sala, como es natural, la única con el poder de determinar la necesidad de esa actuación de oficio, lo que se juzgará atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso." (SCon 15-12-04, dec. 3126)

En conclusión, existen en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes que la desarrollan, expresiones de ambos sistemas de control difuso y control concentrado de la constitucionalidad de las leyes y demás actos normativos, todo bajo el control último de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia.

Sin embargo, la obligatoriedad de las interpretaciones constitucionales realizadas por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia "centraliza" el control difuso de la constitucionalidad y lo sujeta a los criterios superiores de dicha Sala Constitucional.

Por otra parte, la supremacía constitucional conduce al principio de interpretación conforme a la Constitución, desarrollado en las reflexiones sobre el artículo anterior.

Jurisprudencia

SPA 05-08-04, dec. Nº 978:

"...Dicho control puede ser ejercido de dos maneras, bien a través del denominado control concentrado o por medio del llamado control difuso; encontrándose así re-

gulado a nivel constitucional en el artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, promulgada en el año 1999, y legalmente en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil; disposiciones éstas que establecen los siguientes preceptos:
[…]
Así, en el contexto debatido, es pertinente observar las particularidades del control difuso, que radica en la posibilidad que tiene todo Juez de causa en los asuntos sometidos a su consideración, de señalar que una norma jurídica de cualquier categoría, bien legal o sublegal, es incompatible con el texto constitucional, procediendo dicho juzgador, bien de oficio o a instancia de parte, a desaplicar y dejar sin efecto legal la señalada norma en el caso concreto, tutelando así la norma constitucional que resulte vulnerada. Asimismo, esta desaplicación ocurre respecto a la causa en particular o caso concreto que esté conociendo el sentenciador, más no así con efectos generales, por cuanto ello entrañaría otro tipo de pronunciamiento que escaparía del ámbito competencial de los mismos.
En este sentido, ha sostenido la jurisprudencia que el control concentrado o control por vía de acción se ejerce a través de la máxima jurisdicción constitucional (conformada por la Sala Constitucional, en algunos casos por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia y por los Tribunales Superiores de lo Contencioso Administrativo), mediante el cual se logra la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o disposición de rango sub legal, vista su colisión con el texto fundamental; dicha declaratoria de nulidad se produce erga omnes, es decir, con efectos generales, distinta de la situación que se configura al desaplicar una normativa en una controversia determinada a través del control difuso, caso en el cual, tal como se señaló supra, la norma sólo deja de tener aplicación para el caso en concreto por colidir con la Constitución(…).

SCC 18-02-04, dec. Nº 46:

Las normas transcritas, entre otras, determinan el carácter de preeminente aplicación que sobre cualesquiera otras, tienen las de rango constitucional, así como también la obligatoriedad para los administradores de la justicia, en caso de colisión de otras de inferior jerarquía con las de la Carta Magna, de aplicar éstas, efectividad avalada por el llamado sistema de justicia constitucional que la garantiza. Este principio desarrollado en la Constitución por el artículo 7 supra señalado, estaba ya consagrado en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, que establece el deber insoslayable para los jueces de aplicar preferentemente las disposiciones constitucionales, en el supuesto de que alguna de rango inferior cuya aplicación se pida, colida con aquéllas. […]
El Código Adjetivo Civil reserva una ubicación separada para el procedimiento referido a los interdictos, concretamente en el Libro cuarto, Primera Parte, Capítulo II, Sección 2ª, procedimiento que se inicia con la llamada querella interdictal, la cual deberá llevar al Juez a la convicción de la ocurrencia del hecho perturbador o de despojo contra el cual se ejerce la acción en cuestión, y de ser así se dictará el decreto respectivo. A posteriori, reza el artículo 701 del Código de Procedimiento Civil, la causa quedará abierta a pruebas por un lapso de diez días, concluido éste se otorga otro de tres días, a fin de que las partes

consignen los alegatos que consideren pertinentes, para que dentro de los siguientes ocho, se proceda a dictar la sentencia. Se evidencia de lo señalado, que en el procedimiento reseñado, los alegatos de las partes tienen lugar después del periodo probatorio, hecho este que impide a los litigantes, de cierta manera, desvirtuar las pruebas de la contraparte o, de ser el caso, subsanar defectos u omisiones que hubiese opuesto el querellado contra el escrito de la querella intentada.[…]

Los razonamientos expuestos supra, conducen a evidenciar la necesidad de que todo proceso judicial, acepte, como mínimo, un trámite que les asegure a los justiciables la utilización de los medios legales pertinentes para el ejercicio de los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, entre ellos, destaca en orden de importancia, la oportunidad de aportar pruebas que sustenten sus alegatos, y oportuno es aquel que se realiza en el momento conveniente. La conveniencia en el tiempo de la realización de los actos procesales que configuren el contradictorio, debe establecerse de manera tal que permita el ejercicio efectivo del derecho a la defensa, tantas veces invocado, para así patentizar las garantías constitucionales a las cuales se ha hecho referencia.

Limitar en un procedimiento la posibilidad de contradicción, implica fulminar la oportunidad de formular defensas y promover pruebas, impidiendo de esta manera el efectivo ejercicio de los derechos mencionados.

Los referidos considerandos conducen a este Alto Tribunal a afirmar, que el debido proceso impone la garantía del contradictorio, configurado legalmente, asegurando así a los ciudadanos que no se verán desprotegidos y sometidos al arbitrio, cuando les sea necesario acudir ante los órganos administradores de justicia, a reclamarla, lo contrario implicaría una grave restricción al contenido esencial del derecho a la defensa. […]

Lo expuesto significa que la parte contra quien obre el procedimiento interdictal de carácter posesorio, podrá realizar sus alegatos para dar contestación a la querella interdictal, incluyendo en estos la oposición de cuestiones preliminares, las cuales deberán ser resueltas, se insiste, por el principio de brevedad que abraza a los procedimientos interdictales posesorios, de conformidad con las previsiones de los artículos 884 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, otorgando así la viabilidad de contradecirlas o subsanarlas.

A efectos de puntualizar la ejecución del procedimiento especial aquí establecido a la materia interdictal, esta Sala de Casación Civil, lo aplica al presente caso, y a los demás procesos interdictales a partir de la publicación de esta sentencia; exhortando a los Jueces de instancia a observarla, para mantener la integridad de la legislación y la uniformidad de la jurisprudencia. Así queda establecido."

SPA 28-07-04, dec. Nº 908:

"En el contexto debatido, es pertinente observar las particularidades del control difuso, que radica en la posibilidad que tiene todo Juez de causa en los asuntos sometidos a su consideración, de señalar que una norma jurídica de cualquier categoría, bien legal o sublegal, es incompatible con el texto constitucional, procediendo dicho juzgador, bien de oficio o a instancia de parte, a desaplicar y dejar sin efecto legal

la señalada norma en el caso concreto, tutelando así la norma constitucional que resultaba vulnerada. De igual forma, esta desaplicación ocurre respecto a la causa en particular o caso concreto que esté conociendo el sentenciador, más no así con efectos generales, por cuanto ello entrañaría otro tipo de pronunciamiento que escaparía del ámbito competencial de los mismos.

Luego, el control concentrado o control por vía de acción se ejerce a través de la máxima jurisdicción constitucional (conformada por Sala Constitucional y en algunos casos por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia), mediante éste se logra la declaratoria de inconstitucionalidad de una ley o conjunto de ellas, vista su colisión con el texto fundamental; dicha declaratoria de nulidad se produce erga omnes, es decir, con efectos generales, distinta de la situación que se configura al desaplicar una normativa en una controversia determinada a través del control difuso, caso en el cual, tal como se señaló supra, la norma sólo deja de tener aplicación para el caso en concreto por colidir con la Constitución."

SPA 06-04-06, dec. Nº 922:

"(…) El control difuso es uno de los mecanismos de control jurisdiccional de la constitucionalidad establecido en los artículos 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en el artículo 20 del Código de Procedimiento Civil, para preservar la supremacía y la observancia de las disposiciones constitucionales; y consiste en la posibilidad que tiene todo Juez en los asuntos sometidos a su consideración, de señalar que una norma jurídica de cualquier categoría, legal o sub-legal, es incompatible con el texto constitucional, procediendo dicho juzgador, de oficio o a instancia de parte, a desaplicar y dejar sin efecto la señalada norma para el caso específico, tutelando así la norma constitucional que resultaba vulnerada.

De tal manera, que como bien puede apreciarse la competencia para declarar la inconstitucionalidad de una norma la detenta el Poder Judicial, en razón de lo cual mal puede pretender el a quo que la Administración Tributaria desaplique una norma jurídica que no ha sido declarada inconstitucional, toda vez que no está facultada para ello, por el contrario su actuación debe estar apegada al ordenamiento jurídico vigente. Ello es así, por cuanto el control difuso lo ejercen –tal como se indicó y como lo ha expresado la Sala en anteriores oportunidades– todos los jueces de la República quienes son sujetos del deber-potestad de velar por la integridad y estricto cumplimiento de la Carta Magna, a través del denominado control difuso de la constitucionalidad, según el cual pueden estos desaplicar, una vez advertida la colisión entre la normativa denunciada y las disposiciones constitucionales, la primera de éstas y hacer valer las últimas con preferencia."

SCon 15-12-04, dec. 3126:

Esta Sala, en anterior decisión con respecto a la remisión por los jueces, de oficio, de la decisión definitivamente firme en la cual desaplicaron una norma jurídica en ejercicio del control difuso de la constitucionalidad, estableció:

'En atención a la incidencia en el ordenamiento jurídico de tal cuestión, ***el Tribunal o Sala desaplicante deberán remitir a esta Sala Constitucional copia de la decisión,***

a la cual anexarán copia de los autos, con el fin de someterlo a la revisión correspondiente*,* *todo en obsequio de la seguridad jurídica y de la coherencia que debe caracterizar al ordenamiento jurídico en su conjunto...'* (s S.C. n° 1225, del 19-10-00. Destacado añadido).

Por todo ello, y para la mayor eficacia de la conexión entre el control concentrado, que corresponde a esta Sala, y el control difuso, que corresponde a todos los jueces de la República, debe darse, como se dio en la sentencia que antes se citó, un trato diferente a la remisión ex oficio que, para su revisión, haya hecho el Juez que la dictó; se obtendrá así una mayor protección del texto constitucional y se evitará la aplicación general de normas inconstitucionales o la desaplicación de normas ajustadas a la Constitución en claro perjuicio para la seguridad jurídica y el orden público constitucional. Por las razones que preceden se reitera que, no sólo el Juez puede remitir las sentencias definitivamente firmes en las cuales, en resguardo de la constitucionalidad, desaplique una norma, sino que está obligado a ello. […]

Puede notarse que la Sala fue clara sobre el particular: los fallos de desaplicación de normas, que sean definitivamente firmes, son revisables a través del mecanismo extraordinario que prevé el número 10 del artículo 336 de la Constitución, caso en el que la discrecionalidad de que goza la Sala para aceptar la solicitud no es la misma que la existente en el supuesto de los fallos definitivamente firmes de amparo. Precisamente la relevancia del análisis de los fallos por los que se ejerció el control difuso, y que obliga a efectuar distingos respecto de los fallos de amparo, obliga a los jueces desaplicantes a remitir la decisión a la Sala, a fin de que no haya caso que escape al control que ésta debe efectuar.

La Sala reitera que la razón que lo justifica es la necesidad de lograr "mayor eficacia de la conexión entre el control concentrado, que corresponde a esta Sala, y el control difuso, que corresponde a todos los jueces de la República", pues de esa manera se obtendrá "una mayor protección del texto constitucional y se evitará la aplicación general de normas inconstitucionales o la desaplicación de normas ajustadas a la Constitución en claro perjuicio para la seguridad jurídica y el orden público constitucional".

Lo contrario sería aceptar que –reitera también la Sala– "el control difuso no tendría más efecto práctico que el que deviniese de su aplicación al caso concreto, en perjuicio del orden público constitucional, pues su canal de conexión con el control concentrado –que tiene efectos erga omnes– estaría condicionado a la eventual solicitud de revisión de la persona legitimada para ello, con la consiguiente disminución del alcance potencial de los instrumentos con que el nuevo texto constitucional ha provisto a esta Sala (carácter vinculante de sus decisiones y facultad de revisión), con la finalidad de hacer más eficaz el resguardo de la incolumidad constitucional". […]

La actual Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia llevó a derecho positivo lo que era un criterio jurisprudencial, que estaba éste basado en la coherencia del propio sistema constitucional de control, mixtura que es del control concentrado y el difuso, y que encuentra su vía de conexión en el mecanismo extraordinario de revisión. […]

"De conformidad con lo previsto en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, todo tribunal de la República podrá ejercer el control difuso de la constitucionalidad únicamente para el caso concreto, en cuyo supuesto dicha sentencia estará expuesta a los recursos o acciones ordinarias o extraordinarias a que haya lugar, quedando a salvo en todo caso, que la Sala Constitucional haga uso, de oficio o a instancia de parte, de la competencia prevista en el numeral 16 de este artículo y se avoque a la causa para revisarla cuando ésta se encuentre definitivamente firme".
Es clara la Ley: todo Juez venezolano tiene el poder de desaplicación de normas (inexistente en los países que siguen el llamado modelo austríaco de control de constitucionalidad) y sus fallos son impugnables por las vías que prevea el derecho positivo (apelaciones y otros medios). Es clara también al destacar que la existencia de ese poder y su control por las vías reconocidas en el ordenamiento no implica negar la revisabilidad de los fallos definitivamente firmes por parte de esta Sala. Así, la Sala puede controlar a los jueces en el ejercicio de su poder de desaplicación de normas, cuando, por no existir recursos ordinarios o extraordinarios, el fallo ha adquirido firmeza. El control concreto queda, entonces, en manos de los jueces (de instancia y de apelación). Sólo ante fallos firmes intervendría la Sala Constitucional.
[…]
Este caso permite a la Sala fijar posición al respecto y llega a la siguiente conclusión: ***Esta Sala sólo conoce, por mandato constitucional y legal, de la revisión de fallos definitivamente firmes. Cualquier fallo en el que efectivamente se haya ejercido el control difuso, remitido sin la firmeza requerida escapa de la revisión de la Sala, pues es objeto de los recursos a que haya lugar ante los órganos jurisdiccionales que corresponda. Para la determinación de la firmeza del fallo, la Sala ordena, a partir de la fecha de publicación del presente fallo, que la remisión la efectúe, con la mención debida a ese carácter, el órgano judicial que quede encargado del archivo del expediente de manera definitiva, único que puede dar fe de que ya contra la decisión no procede recurso alguno; bien porque ya fueron ejercidos los existentes o precluyeron los lapsos para ello. En otros términos, el control de esta Sala se realizará respecto de aquellos fallos en los que efectivamente se haga un pronunciamiento definitivamente firme sobre la desaplicación de una norma por control difuso, independientemente de que el Juez de alzada confirme o no el fallo que sobre esta materia dicte el tribunal de la primera instancia.***
Lo anterior no impide que, cuando así lo amerite, la Sala haga uso de su poder de actuación de oficio, previsto en el artículo 18, sexto aparte, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, y decida conocer de un asunto relativo a la constitucionalidad de una norma legal aun antes de la firmeza de los fallos. *Será la Sala, como es natural, la única con el poder de determinar la necesidad de esa actuación de oficio, lo que se juzgará atendiendo a las circunstancias particulares de cada caso."*

Artículo 21

Los Jueces cumplirán y harán cumplir las sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, haciendo uso de la fuerza pública, si fuere necesario. Para el mejor cumplimiento de sus funciones, las demás autoridades de la República prestarán a los Jueces toda la colaboración que éstos requieran.

Necesidad de intervención del estado

La potestad jurisdiccional consiste no sólo en juzgar, sino, también, en ejecutar lo juzgado (Véscovi 1984, 134). Es necesario que en cada tribunal resida la suficiente autoridad como para imponer el cumplimiento efectivo de sus mandatos o, al menos, hacerlos imponer por quien posee la fuerza, cuando ésta sea necesaria en último término.

"Si la jurisdicción no dispusiese de los medios prácticos de hacer efectiva la norma creada, toda la finalidad del derecho y la de la jurisdicción misma quedarían frustradas. La etapa de ejecución forzada, que sigue a la condena, hace posible que el mandato concreto contenido en el fallo, pueda ser prácticamente operativo en el mundo sensible, aun contra la voluntad del condenado.

En una época se enseñaba que la jurisdicción se agota en el "juzgar", esto es, en la sola fase de conocimiento que emplea el juez en el proceso para conocer del litigio y que culmina con el fallo. Pero hoy se admite, generalmente, que la jurisdicción comprende también la etapa de ejecución forzada, etapa que se considera formando parte del "officium iudicis"." (Rengel-Romberg, 1991, I, 69)

La ejecución de los actos supone coacción, por consiguiente es monopolio del Estado, quien puede ceder a los particulares el ejercicio de la función jurisdiccional, pero nunca la ejecución de lo decidido. Así, en ejercicio

de una habilitación legal, la solución de la controversia puede otorgarse por voluntad de las partes a un tribunal arbitral, pero la ejecución de lo decidido siempre supondrá la intervención de la autoridad pública.

"Debe finalmente señalarse que la función jurisdiccional, no puede ser ejercida sino por el Estado que es el único al cual el ordenamiento jurídico le confiere la facultad de hacer coactivas las normas jurídicas. Es una actividad que le es privativa de cuyo ejercicio están excluidos los particulares. Estos, en algunos casos específicamente determinados por la ley, (arbitraje) pueden establecer cuál es la voluntad de ley, aplicable al caso concreto pero no pueden constreñir al sujeto pasivo de tal declaración a corregir su comportamiento ilícito, cuando el laudo así la calificare, a acoplar su conducta a la establecida en el precepto. En términos generales, puede afirmarse que siendo el Estado el llamado a garantizar el efectivo cumplimiento de las normas jurídicas es a él a quien corresponde imponer los comportamientos coactivos que dicho efectivo cumplimiento exija. De allí que cuando el laudo arbitral que declare ilícita la conducta del sujeto pasivo, sea incumplido, los árbitros que lo han dictado no pueden directamente eliminar la ilicitud declarada. La ejecución del laudo corresponde al Tribunal natural que hubiera conocido del asunto de no haberse sometido la controversia a un Tribunal de arbitramiento (artículo 523 del C.P.C)." (PESCI-FELTRI 2000, 63)

AUTORIDAD DE LOS JUECES

Se ha discutido si este ejercicio de la autoridad reside únicamente en el poder ejecutivo, o si por el contrario, lo pueden ejercer directamente los jueces.

En España se ha considerado que el Poder Judicial también es titular de imperium, es decir, también tiene potestad, y por ello también puede acudir al uso de la fuerza pública, y de ahí, primero, que entre nosotros no se ha conocido la fórmula ejecutiva y, después, que el titular de esa potestad puede ordenar o disponer de la fuerza pública. (MONTERO Y FLORS 2004, I, 37)

La sentencia del juez debe ir respaldada por la fuerza coercitiva para su eficaz ejecución. Este poder coercitivo sólo reside en la pública au-

toridad, única que dispone las sanciones que hacen eficaz el juicio; esta idea implica estrecha compenetración entre el poder ejecutivo y el judicial (Zwanck 1961, 987). Por ello la norma comentada establece que todas las autoridades deben colaborar con los jueces quienes directamente les impartirán las instrucciones necesarias para la ejecución forzosa de lo decidido.

La autoridad de los jueces para imponer el cumplimiento de sus órdenes, aun contra la voluntad de los destinatarios del mandato, recurriendo a la fuerza pública de ser necesario, es imprescindible para el cumplimiento de los fines de la jurisdicción.

"Si el juez, con independencia del proceso de que se trate, puede hacer uso de todos los medios coercitivos para ejecutar sus actos, puede ingresar a los inmuebles para hacerlos cumplir, haciendo uso de la fuerza pública si fuese necesario; y para ello no necesita de orden previa de allanamiento, ya que esta, tanto en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal en materia de visitas domiciliarias, como en el vigente Código Orgánico Procesal Penal (artículo 225) se requiere cuando persona diferente al juez va a ingresar en un lugar privado o que goce del fuero, a que se refiere el artículo 47 de la vigente Constitución.

Cuando el juez es el que actúa, lo único que se requiere es la orden judicial previa, y su notificación al momento de la práctica del acto, en el recinto privado o en el hogar doméstico de la persona, a quien allí se encuentre.

[…]

En consecuencia, el juez para cumplir sus decisiones y decretos, sin importar si ellos se dictan en procesos contenciosos o no contenciosos, pero siempre que respondan a actos o actuaciones prevenidas en la ley, como lo es la práctica de una inspección ocular extra litem, puede dictar una orden judicial en el sentido de allanar un inmueble, procediendo a notificar de la misma a quien en el se encuentre, para que exponga lo que creyere conveniente, en protección de sus derechos y garantías constitucionales. El juez se abstendrá de practicar la prueba, si la dignidad de las personas u otros derechos o garantías constitucionales se vieren menoscabados o disminuidos." (SConst 26-06-00, dec. Nº 619)

La autoridad se refleja en distintas decisiones; desde la última e imprescindible para fortalecer la confianza en la institución, que es la ejecución por la fuerza cuando el mandato judicial no se cumple, hasta otras menores, como son las medidas correctivas por la incorrecta conducta procesal. (GOZAÍNI 2002)

"El pasaje del proceso de manos privadas al interés público transformó la consideración del principio de autoridad. El quid no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que polarizan su presentación". (Idem)

EJECUCIÓN Y TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado por el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, "*comprende el derecho a acceder a los órganos de administración de justicia, el derecho a obtener una decisión en derecho y el derecho que esa decisión sea efectiva* (SCon 20-9-01, dec. 1745). Es decir, "*el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho*". (SCon 27-4-01, dec. 576)

En efecto, no se brinda esta tutela sin la posibilidad de ejecución, también eficaz, de los actos judiciales, lo cual sólo se logra con la atribución al juez de ejecutar sus actos y dirigirse directamente a las otras autoridades de estado, en especial a la fuerza pública para obtener el respaldo material de sus actuaciones.

Ahora bien, no puede perder de vista el juez el carácter bilateral del proceso, que se extiende a la ejecución de los actos y los derechos de terceros que pudieran verse lesionados por la ejecución de una sentencia dictada en un proceso donde no fueron parte, por lo cual el ejercicio de la autoridad judicial, como todas las actuaciones judiciales, debe estar signado por la prudencia y la imparcialidad.

EL CARÁCTER SUSTITUTIVO DE LA EJECUCIÓN

La actividad jurisdiccional ejecutiva es sustitutiva de la conducta que debiera haber realizado el ejecutado, si voluntariamente hubiera procedido a cumplir la prestación contenida en el título ejecutivo, enseñan MONTERO Y FLORS (2004, I, 391).

"Si el condenado a pagar una cantidad de dinero no lo hace, el tribunal procederá a enajenar bienes de aquél y con su producto pagará al acreedor ejecutante. Ello es posible porque en nuestro Ordenamiento se considera jurídicamente fungible la actividad del ejecutado sobre su patrimonio, esto es, porque algunas conductas personales privadas pueden ser sustituidas de derecho por medio del ejercicio de la potestad pública atribuida al tribunal'.

Consecuencia de lo anterior es que:

"1º) El tribunal está investido de potestad para hacer lo que puede hacer el ejecutado, pero no puede extender más allá su actividad. Consiguientemente, y por ejemplo, si el ejecutado sólo puede realizar actos de disposición sobre su patrimonio, no sobre patrimonios ajenos, tampoco podrá hacerlo el tribunal, siendo en caso contrario esos actos nulos o anulables.

2º) El ejecutado tiene el derecho de poner fin a la ejecución en cualquier momento, realizando él mismo la conducta que el tribunal está realizando. Así el ejecutado podrá pagar y entonces habrán de levantarse los embargos, finalizando la ejecución (art. 583 LEC).

3º) Aunque no es admisible, lógicamente, un proceso de ejecución convencional, esto es, en el que el procedimiento sea pactado por las partes, sí son posibles y válidos pactos sobre actos procesales concretos. Así cabe alterar convencionalmente el orden de bienes a embargar (art. 592.2 LEC), o fijar el tipo de la subasta (art. 637 LEC).

4º) La actividad ejecutiva se entiende cumplida aunque no se haya podido dar efectividad completa al título, dependiendo ello de causas ajenas al juzgador, como sería la falta de bienes en el patrimonio del deudor. Pero es posible que, si en el patrimonio del deudor ingresan otros bienes, pueda reiniciarse la actividad ejecutiva hasta llegar a la completa satisfacción (art. 570 LRC)

5º) Si se trata de sustituir la actividad del ejecutado, las costas ocasionadas lo serán a su cargo y sin necesidad de previa imposición, salvo que se trate de actuaciones específicas para las que la ley prevea expresa condena en costas (art. 529 LEC)".

Aun a falta de regla expresa, en el sistema venezolano también se debe entender que cumplida voluntariamente la sentencia, aun después del plazo fijado por el juez para ello, cesará la ejecución, salvo por lo que respecta a los gastos y perjuicios que se hayan producido con motivo del inicio de la ejecución forzosa, pues la finalidad de la potestad otorgada es el cumplimiento de las órdenes judiciales y no producir un daño que puede ser evitado.

JURISPRUDENCIA

SCon 26-06-00, dec. Nº 619:

"Si el Juez, con independencia del proceso de que se trate, puede hacer uso de todos los medios coercitivos para ejecutar sus actos, puede ingresar a los inmuebles para hacerlos cumplir, haciendo uso de la fuerza pública si fuese necesario; y para ello no necesita de orden previa de allanamiento, ya que está, tanto en el derogado Código de Enjuiciamiento Criminal en materia de visitas domiciliarias, como en el vigente Código Orgánico Procesal Penal (artículo 225) se requiere cuando persona diferente al Juez va a ingresar en un lugar privado o que goce del fuero, a que se refiere el artículo 47 de la vigente Constitución.

Cuando el Juez es el que actúa, lo único que se requiere es la orden judicial previa, y su notificación al momento de la práctica del acto, en el recinto privado o en el hogar doméstico de la persona, a quien allí se encuentre.

El artículo 47 del vigente texto constitucional, cuya matriz es el 63 de la abrogada Constitución de 1961, permite el allanamiento por orden judicial "para cumplir de acuerdo con la ley las decisiones que dicten los tribunales, respetando siempre la dignidad del ser humano".

En consecuencia, el Juez para cumplir sus decisiones y decretos, sin importar si ellos se dictan en procesos contenciosos o no contenciosos, pero siempre que respondan a actos o actuaciones prevenidas en la ley, como lo es la práctica de una inspección ocular extra litem, puede dictar una orden judicial en el sentido de allanar un inmueble, procediendo a notificar de la misma a quien en el se encuentre, para que exponga lo que creyere conveniente, en protección de sus derechos y garantías constitucionales. El Juez se abstendrá de practicar la prueba, si la dignidad de las personas u otros derechos o garantías constitucionales se vieren menoscabados o disminuidos."

SCon 16-07-01, dec. Nº 1237:

"En consecuencia, esta Sala exhorta al Tribunal de Carrera Administrativa para que, de conformidad con el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, haga cumplir la sentencia dictada por ese órgano judicial, ya que es en esa etapa de ejecución forzosa que se consolida el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, pues si no se logra que la Administración cumpla sus obligaciones definitivamente declaradas por los órganos judiciales competentes, es decir, si no se llevara al plano de la realidad lo

que por mandato judicial se ha decidido, la administración de justicia como cometido esencial del Estado perdería su sentido."

SCon 16-11-01, dec. Nº 2280:

"Por lo que para la ejecución de sentencias y siguiendo el principio consagrado en el artículo 21 del Código de Procedimiento Civil, ello en concordancia con los artículos 29, 30 y 31 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, son los jueces sentenciadores los que deben hacer cumplir sus decisiones y, en el caso del amparo, hacer que se apliquen las disposiciones expresamente establecidas para ello, y que apliquen de ser necesario, las sanciones que tal incumplimiento acarree."

SCon 23-10-02, dec. Nº 2641:

"Siendo éste el marco legal de la ejecución, la 'entrega material' no podrá desconocer los derechos del arrendatario (tercero con relación al juicio entre Texeira y Rodríguez), a continuar gozando del bien arrendado, hasta que el contrato de arrendamiento terminara por causas legales, y por tanto, la medida contra el ejecutado no podrá perjudicar a quien no era deudor condenado, como lo pretendió la decisión impugnada. […]

Consecuencia de lo narrado y razonado en este fallo, es que el Juez Superior Sexto en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, nunca debió decretar la 'entrega material' en la fase de ejecución de sentencia, en detrimento de los terceros que no eran parte en el juicio, y al ordenarla, irrespetándose su derecho al arrendatario, pretendiendo que como efecto de la medida desocupare (a pesar de su condición de tercero) el inmueble arrendado, le violó el derecho de defensa y el derecho en general al debido proceso, siendo la vía del amparo, la única que le permitía al arrendatario restablecer su situación jurídica violada por la decisión impugnada, debido a que la orden de desocupación, al no existir en contra de su concreción ningún recurso que la detuviere, sólo se podía evitar –como lo hizo– mediante el amparo, impidiendo se le infringieran los derechos señalados. […]

Para esta Sala resulta reñida con la más elemental lógica jurídica, que un contrato sobre un inmueble, en este caso, el arrendamiento, pueda quedar de hecho extinguido, sin decisión judicial en ese sentido, y sin que las partes del mismo hayan manifestado su voluntad de resolverlo. Sin embargo, tal situación tiene lugar, cuando los jueces, mediante una 'entrega material' desalojan a los terceros en el proceso donde ella se decrete, donde ni siquiera eran partes y en el presente caso menos, ya que al no subentrar en la propiedad del inmueble, ni ser deudores, no podían los querellantes ser demandados como terceros poseedores (que efectivamente no lo eran) en el juicio de ejecución de hipoteca, donde se ordenó la entrega material; por lo que la medida ejecutiva que se pretendía aplicar contra ellos, venía a obrar como una especia de situación de hecho, proveniente de un Juez de derecho, lo que es un contrasentido".

SCon 20-9-01, dec. 1745

Por su parte, el artículo 26 de la Constitución que junto con el artículo 257 eiusdem han sido denunciado infringidos; establece el primero de ellos lo que se ha llamado el derecho a la tutela judicial efectiva que comprende el derecho de acceso a los órganos

de administración de justicia, el derecho a obtener una decisión en derecho y el derecho que esa decisión sea efectiva. Asimismo garantiza dicho artículo la gratuidad, imparcialidad, idoneidad, transparencia, autonomía, independencia, responsabilidad y celeridad en la administración de justicia, así como que dicha función debe ser equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas ni formalismos o reposiciones inútiles. El referido artículo 257 establece la instrumentalidad del proceso como medio de actualización de la justicia y define sus características esenciales indicando que éste debe ser determinado por la Ley.

SCon 27-4-01, dec. 576:

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades.

SPA 22-10-03, dec. Nº 116:

"Así pues, siendo que el derecho de los particulares a utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, recogido en el artículo 26 de la Constitución de 1999, supone no sólo el derecho de accionar ante un órgano jurisdiccional, sino también la garantía de una decisión judicial justa y equitativa y por último, la materialización o ejecución de lo decidido, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 253 y 259 de la Constitución, relativos a la potestad de administrar justicia y a la jurisdicción contencioso-administrativa, respectivamente, que garantizan la ejecución por parte de los órganos del Poder Judicial de sus sentencias."

Artículo 22

Las disposiciones y los procedimientos especiales del presente Código se observarán con preferencia a los generales del mismo, en todo cuando constituya la especialidad; sin que por eso dejen de observarse en lo demás las disposiciones generales aplicables al caso.

Ley especial y Ley general

Los criterios de prevalencia entre leyes simultáneamente vigentes, conforme al resumen doctrinal realizado por Henríquez La Roche (1995, I, 116-118), determinan que la ley general priva sobre la ley especial; es decir, que el género cede ante la especie; la ley superior prevalece sobre las normas de menor rango, por el cual la Constitución tiene absoluta supremacía sobre las demás normas jurídicas; las leyes orgánicas que tienen aplicación preeminente sobre aquellas leyes que constituyan una concretización inmediata y específica de sus disposiciones, las cuales deben ajustar su contenido a la Ley Orgánica que constituye su marco normativo; las leyes ordinarias privan sobre los reglamentos y resoluciones; y por último, la ley posterior tiene aplicación preferente sobre la ley vigente que resulta implícitamente derogada en cuanto a la nueva disposición legal que la contradiga. Sin embargo, no existe entre estos tres criterios un orden rígido de prelación: se utilizarán atendiendo a las características del caso concreto.

Ahora bien, tal como lo observa Marcano Rodríguez (1960, 35), la disposición comentada, no regula el conflicto entre distintas leyes, sino que determina la prevalencia de los procedimientos especiales del Código de Procedimiento Civil sobre los procedimientos generales; no obstante, por la aplicación de los principios generales, que conduce a una aplicación extensiva de esta norma, se han entendido como cubiertos por la regulación los procedimientos especiales contenidos en otros cuerpos normativos

DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS

El sistema procesal civil venezolano regula diferentes procedimientos, contenidos en el Código de Procedimiento Civil y en numerosas leyes especiales; incluso las leyes sustantivas incluyen en ocasiones procedimientos especiales, como es el caso del divorcio por ruptura prolongada de la vida en común, contenido en el Código Civil, o del procedimiento especial de atraso y quiebra, regulado por el Código de Comercio. En este comentario nos referiremos a la aplicación de las reglas del Código adjetivo, pero en general los principios son semejantes.

El Código vigente contiene un Título preliminar que contiene los principios o disposiciones fundamentales, entre las cuales se encuentra la presente regla. Por razones de coherencia interna de la norma, los procedimientos especiales no deberían entrar en contradicción con estos principios. Sin embargo, existen procedimientos especiales que se apartan de los principios generales, por ejemplo, para sustanciar un proceso de menor cuantía por un procedimiento parcialmente oral.

El Libro primero contiene las disposiciones generales relativas a los órganos judiciales que incluyen las reglas sobre su competencia; las referentes al Ministerio Público; a las partes y los apoderados; a la realización de los actos procesales; a la terminación del proceso, que incluye la regulación de las sentencias; a los efectos del proceso, con la determinación de la cosa juzgada; y a los recursos, incluyendo en éstos la casación y la invalidación. Estas reglas tienen vocación de aplicación general a todos los procesos, pero podrían ser modificadas para un procedimiento especial.

El Libro segundo establece el procedimiento ordinario, con la regulación de los actos introductorios: demanda, cuestiones previas, contestación, reconvención e intervención de terceros; la instrucción de la causa, la decisión y el procedimiento de ejecución de la sentencia que en definitiva se pronuncie.

El libro tercero contiene el procedimiento cautelar y de las incidencias innominadas, generalmente aplicable a todos los procesos, salvo disposición especial en contrario.

El libro cuarto regula diversos procedimientos especiales, aplicables según la cuantía de la controversia, la naturaleza de los derechos o situaciones jurídicas debatidos, o también a elección del demandante, como es el caso del procedimiento por intimación. Estos procedimientos y algunas disposiciones aisladas, también especiales, encajadas en los dos primeros Libros, son los que ordena aplicar con preferencia a las generales en todo lo previsto por la disposición o procedimiento especial. En cuanto a lo no previsto particularmente, han de seguirse las normas generales, ya que en este caso no tiene aplicación ni es invocable aquel principio: las reglas generales conservan entonces su imperio. (Marcano Rodríguez 1960, 35)

Prevalencia de los procedimientos especiales

En ocasiones los procedimientos especiales derogan el procedimiento ordinario, el cual ha sido considerado supletorio por la jurisprudencia, por establecer el artículo 338 del mismo Código: "*Las controversias que se susciten entre partes en reclamación de algún derecho, se ventilarán por el procedimiento ordinario, si no tienen pautado un procedimiento especial*". Tal es el caso de la ejecución de hipoteca: sólo podrá utilizarse otro procedimiento cuando la hipoteca no cumpla con los requisitos legales para su ejecución. En tal caso se acudirá a la vía ejecutiva, que dejando de lado la ejecución anticipada y algunas reglas específicas, es un procedimiento ordinario.

En los procedimientos especiales es constante la remisión expresa o tácita al procedimiento ordinario. Hay remisión expresa cada vez que el procedimiento especial envía al ordinario y tácita cuando no regula la totalidad del procedimiento. En tal supuesto, se aplicarán las reglas generales y en todo lo no previsto, las referentes al procedimiento ordinario, pues si el procedimiento especial sólo añade requisitos o formalidades, como apunta Marcano (idem), sin que entre unos y otros haya oposición o exclusión por incompatibilidad, tanto los requisitos especiales como los generales deben aplicarse.

VIGENCIA DE LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN LEYES ESPECIALES

En principio, se refiere la regla a los procedimientos especiales establecidos en el Código de Procedimiento Civil, consideración que parecía reforzada por el artículo 940 del mismo Código, que estableció una derogatoria general de "*cualesquiera otras disposiciones de procedimiento que se opongan a este Código en las materias que él regula*".

Al respecto, Pedro Alid Zoppi (1992, 45) observó la colisión con el artículo 1º del mismo cuerpo legal, que establece respecto a la jurisdicción que salvo disposiciones especiales de la ley, se ejerce por los jueces ordinarios, y añade que es, como siempre, una ley general, supletoria de las que desarrollan jurisdicciones especiales y hasta procedimientos especiales. (Idem, pág. 46)

En el mismo sentido ha decidido la jurisprudencia sobre la vigencia de las leyes procesales especiales:

"En materia procesal, el vigente Código de Procedimiento Civil es de suyo, mucho más riguroso puesto que ordena de manera indubitable la preferente aplicación de las normas procesales especiales y las normas generales sólo en aquellos casos en que haya un vacío en las normas especiales de que se trate. En efecto, el mencionado artículo 22 establece 'Las disposiciones y los procedimientos especiales del presente Código se observarán con preferencia a los generales del mismo en todo cuanto constituye la especialidad; sin que por eso dejen de observarse en los demás las disposiciones generales aplicables al caso'.

Para el lector incauto la norma pudiera hacer pensar que sólo se trata de los 'procedimientos especiales previstos en este Código', en verdad, tanto la doctrina como la jurisprudencia del Supremo Tribunal han admitido que este mismo esquema es aplicable a todos aquellos procedimientos establecidos en leyes especiales.

Todo este análisis previo nos permiten demostrar con toda claridad que la materia agraria está regulada, no sólo sustantivamente sino también adjetivamente, por normas especiales, ello en atención del preferente tratamiento que hace la Constitución de la República y, sobre todo, por la

importancia que reviste la actividad agrícola y pecuaria para la vida y los destinos de la nación.

Procesalmente la materia agraria está regulada por la Ley Orgánica de Tribunales y Procedimientos Agrarios constituyéndose en normas de aplicación no sólo preferente sino también excluyente en todas aquellas situaciones reguladas de manera expresa por dicha ley, en cuyo caso el Código de Procedimiento Civil tendrá siempre un carácter supletorio en aquellas situaciones de silencio o de vacío en la LOTPA." (SCS 25-04-02, dec. Nº 264)

Asimismo, con posterioridad al Código de Procedimiento Civil, se han promulgado leyes que establecen procedimientos especiales, tal es el caso de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, por lo cual no se cumplió el propósito inicial de que el Código sustantivo rigiera la totalidad de la actividad procesal venezolana, para mayor claridad en el ejercicio de esa actividad y mejor protección de los derechos a acceder a la justicia y defensa, que pueden resultar menoscabados por la profusión de reglas procesales diferentes y hasta contrarias.

Jurisprudencia

SCS 25-04-02, dec. Nº 264:

"Estimamos que no es jurídicamente sustentable que se decrete una medida cautelar cuya fundamentación jurídica sea el artículo 8 de la LOTPA y, el mismo tiempo, el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil. Fundamentalmente porque ambas medidas tienen procedimientos totalmente diferentes: el recurso de apelación en las primeras que es un recurso de segundo grado y en el cual el Juez pierde la competencia, por virtud de la apelación, de modificar su propia decisión; en cambio que las cautelas innominadas pueden ser impugnadas a través del recurso de oposición que es de primer grado y en el cual se requiere necesariamente que el Juez se pronuncie nuevamente sobre la cautela sea para revocarla o confirmarla.

Si una medida estuviera fundamentada en ambas normas colocaría a la parte afectada en la grave disyuntiva de no saber si 'apelar' o ejercer el 'recurso de oposición', ello en desmedro del derecho a la defensa y el derecho al debido proceso y, lo que es más grave aún, quien conozca de la apelación pudiera desecharla por la existencia del recurso de oposición y quien conozca de la oposición puede negarlo por la existencia de la apelación. Existe, en todo caso, un problema de formas procedimentales a las cuales el Juez debe sujetarse por mandato de los artículos 7° y 15 del Código de Procedimiento Civil y 68 de la propia Constitución de la República.

Por ello hemos recomendado que el Juez agrario pueda utilizar la cautela genérica agraria que es mucho más general que las innominadas y, además pueden ser decretadas de oficio, por ello mismo luce innecesario que el Juez apoye su poder cautelar en el texto procesal, salvo que se trate de situaciones que no se ubiquen en el supuesto de hecho previsto en el artículo 8 de la LOTPA, en cuyo caso será necesario hacer uso del poder cautelar general en aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil."

Las precedentes consideraciones, las cuales esta Sala comparte, nos permiten dirimir la presente denuncia. Es así y como bien lo dice el autor, que el artículo 14 del Código Civil en concordancia con el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil han sido admitidos por este Alto Tribunal como esquema aplicable a todos aquellos procedimientos establecidos en leyes especiales, en el sentido que debe observarse las disposiciones especiales preferentemente a las de carácter general.

En otras palabras y como lo ha establecido la doctrina, la ley especial prefiere a la general, porque de esta manera ambas se observan, ésta como principio, aquella como excepción, en tal sentido al haber colisión entre normas generales y especiales, debe observarse en primer lugar la disposición especial incluso aún cuando no se haya declarado la colisión por la autoridad competente."

SCC 20-12-01, dec. Nº 443:

"A juicio de la Sala, sería un verdadero contrasentido que no consagrando la novísima Ley de Arrendamientos Inmobiliarios recurso especial contra la decisión de las cuestiones previas, decidiera en consecuencia la alzada sobre un pretendido recurso que expresamente niega el procedimiento ordinario. No debe olvidarse que los procedimientos especiales se observarán con preferencia a los generales del mismo, en todo cuanto constituya la especialidad, sin que por eso dejen de observarse en lo demás, las disposiciones generales aplicables al caso."

SCon 09-04-01, dec. Nº 506:

"En este sentido, tanto la derogada Ley de Regulación de Alquileres y su Reglamento, como la vigente Ley de Arrendamiento Inmobiliario, establecen, que las demandas por desalojo, cumplimiento o resolución de contrato de arrendamiento, entre otras situaciones, "se substanciarán y sentenciarán conforme a las disposiciones establecidas en la propia Ley, y por el procedimiento breve", establecido en el Código de Procedimiento Civil (artículos 881 y siguientes).

En tal sentido, artículo 22 del Código de Procedimiento Civil, establece lo siguiente:

*"**Las disposiciones y los <u>procedimientos especiales</u> del presente Código se observarán con preferencia a los generales del mismo**, en todo cuanto constituya la especialidad..." (omissis) (negritas y subrayado propio).*

(…)

Por lo tanto, al existir un procedimiento especial –procedimiento breve– el mismo debe observarse con "preferencia a los generales" –artículo 22 del Código de Procedimiento Civil– de tal forma que mal podría seguirse, en el caso de autos, las disposiciones que regulan el procedimiento ordinario, toda vez que éste sólo es aplicable a aquéllas

controversias que no tengan expresamente pautado un procedimiento especial, o en forma supletoria…"

SCC 19-7-05, dec. 470:

"En ese sentido, esta Sala en la citada sentencia del 12 de abril de 2005, dejó establecido que "...el artículo 362 del Código de Procedimiento Civil constituye una norma especial respecto de la general prevista en el artículo 509 eiusdem y, por ende, de aplicación preferente, con base en lo cual la Sala dejó sentado que una vez operada la confesión ficta, corresponde al demandado probar algo que le favorezca durante el lapso probatorio, con exclusión del principio de comunidad de la prueba respecto de aquellas consignadas en el libelo, a menos que sea para sostener que la demanda es contraria a derecho. En estos casos, deben presumirse ciertos los hechos alegados en la demanda, quedando relevado el actor de la carga de probarlos, lo cual se invierte en cabeza del demandado, quien debe probar su falsedad durante el lapso probatorio...". (Sent. citada).

Es evidente, que el objetivo de estos principios generales es guiar al Juez a examinar las pruebas, para producir en él la certeza sobre la existencia de determinados hechos; pero siempre ateniéndose a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de éstos. En efecto, el artículo 364 del Código de Procedimiento Civil, dispone que el sentenciador sólo puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones de hecho planteadas en la oportunidad prevista para ello, esto es, en el libelo y la contestación, pues, luego de esas actuaciones precluye –en principio– la oportunidad de alegar. Por tanto, sólo son aplicables estos principios generales cuando las partes han tenido la oportunidad de presentar sus cuestiones de hecho en la fase de alegaciones."

Artículo 23

Cuando la ley dice: "El Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.

Las definiciones legales

En ocasiones la propia ley define un concepto, o como es el caso, establece una regla de interpretación. En tales supuestos, en principio, la interpretación literal de las normas debe atenerse a la regla legalmente establecida; pero puede suceder que el propio legislador evidentemente se aparte del canon que estableció, y en tales supuestos será necesario recurrir al uso general del lenguaje y a los otros criterios de interpretación.

"Por tanto, tampoco un uso del lenguaje de la ley fijado por medio de una definición ofrece siempre garantía de que el término respectivo ha de ser entendido en ese sentido en cada pasaje de la ley. Se precisan sólo especiales razones para demostrar que, justamente en ese pasaje, ha de entenderse con otro significado.

Si, según esto, un uso especial del lenguaje por parte de la ley prevalece, por regla general, sobre el uso general del lenguaje, sin embargo, hay que recurrir de nuevo a éste cuando es patente que la ley se ha desviado aquí de su uso especial del lenguaje." (Larenz 1994, 318)

Poderes discrecionales

El problema se suscita cuando, en el Código de Procedimiento Civil venezolano el redactor de una disposición legal, que luego es aprobada, convirtiéndose en mandato legal a ser interpretado, no sigue su propia regla de interpretación.

Es relevante el ejemplo del artículo 588 *eiusdem*:

"En conformidad con el artículo 585 de este Código, el Tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:

1° El embargo de bienes muebles;

2° El secuestro de bienes determinados;

3° La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles."

La aplicación literal de la regla de interpretación condujo a la Sala de Casación Civil a entender que no basta que el solicitante de la medida demuestre la existencia de los requisitos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, es decir, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora,* porque sería necesario, además, que el juez considerara, discrecionalmente, oportuna y conveniente la medida, por cuanto el artículo 588 *eiusdem* dispone que el Tribunal, en conformidad con el artículo 585 puede decretar alguna de las medidas allí previstas; vale decir, que lo autoriza a obrar según su prudente arbitrio.

"De forma y manera que, no estando obligado el juez al decreto de ninguna medida aun cuando estén llenos los extremos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, no se le puede censurar por decir, para negarse a ella, que '...de los recaudos presentados no se determinan los elementos contenidos en la norma invocada' y que '...no se observa que se haya dado los supuestos del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil', desde luego que podía actuar de manera soberana. (SCC 31-3-00, nº 88)

Este criterio, que fue reiterado en numerosas oportunidades, condujo a la inadmisibilidad del recurso de casación cada vez que el juez negaba una medida cautelar, porque tratándose de una facultad discrecional, no era posible el control de legalidad.

Sin embargo, la doctrina tradicional ya había deslindado esta facultad al expresar que el arbitrio del juez no puede consistir en hacer caprichosamente uso de la facultad que se le otorga, pues ésta no es libre y absoluta, sino circunscrita al radio de lo racional y de lo equitativo, a fin de que no sean lastimados inconsultamente los derechos de las partes y la igualdad de éstas en el juicio. (MARCANO 1960, I, 82)

Por otra parte, la existencia de una facultad discrecional no debe excluir el control de legalidad ni, aun con mayor énfasis, la obligación de motivar la decisión. En efecto, la motivación es garantía contra la arbitrariedad y al expresarse las razones por las cuales se ejerce la facultad discrecional, podrá evidenciarse la ilegalidad o incluso la inconstitucionalidad de la decisión.

Ahora bien, a los efectos de la correcta interpretación de la norma comentada es de la mayor importancia observar todas las características de la regulación en su conjunto, no sólo el sentido literal, en el caso claramente indicado por el legislador. Consideraciones análogas condujeron al abandono de la doctrina transcrita, pues el artículo 601 del mismo Código, ordena al juez solicitar la ampliación de la prueba insuficiente y determina imperativamente que de hallar suficiente la prueba "*decretará la medida solicitada*":

"Es evidente, pues, que cumplidos esos extremos, el juez debe decretar la medida, sin que en modo alguno pueda ser entendido que aún conserva la facultad para negarla, con la sola justificación literal de un término empleado de forma incorrecta en una norma, sin atender que las restantes normas referidas al mismo supuesto de hecho y que por lo tanto deben ser aplicadas en conjunto, y no de forma aislada, refieren la intención clara del legislador de impartir una orden y no prever una facultad." (SCC 21-6-05, dec. 407)

Por lo demás, esta interpretación armónica de las normas que regulan la actividad del sentenciador en el decreto de la medida, es acorde con los derechos constitucionales a acceder a la justicia y tutela judicial efectiva, que por estar involucrado el interés general, debe prevalecer frente al interés particular del titular del derecho de propiedad, añadió la Sala.

Situación similar se observa en el artículo 12 ya comentado: "*El juez puede fundar su decisión en los conocimientos de hecho que se encuentren comprendidos en la experiencia común o máximas de experiencia*". Resulta difícil pensar, como ya se explicó, que subyace una facultad discrecional en el reconocimiento legislativo de que el juez al decidir no sólo aplica las reglas legales, sino además otros datos provenientes de distintas

fuentes; entre ellos, el conocimiento común que tiene como parte de una comunidad, en un lugar y tiempo determinados.

Siempre ha asentado el juez su fallo, tanto en la interpretación de las leyes, como en la calificación de los hechos, en máximas de experiencia que utiliza naturalmente como parte de un pensamiento válido coherente, al margen de que exista o no una norma que lo autorice a ello. Pero, ¿examinará el juez las razones de oportunidad o conveniencia de aplicar una máxima? No. El razonamiento fluirá y se apreciará como válido en la medida en que sea acorde con el conocimiento común, de lo contrario se entenderá que los motivos son absurdos y por tanto inexistentes. También este control estará negado si se mantiene la idea de que cada vez que el legislador utiliza la locución "puede o podrá", la decisión es irrevisable.

En estos casos, ha de exigirse una más amplia motivación de fallo, y la revisión de la legalidad de esos motivos será la tarea de la casación; siendo en tal caso necesario que la formalización del recurso se centre en atacar la legalidad de los fundamentos; y de no existir éstos, se evidenciará la inmotivación del fallo.

Necesidad de interpretar conforme a sentido

En conclusión, una vez más es necesario reiterar que todas las reglas legales, incluso las que establecen cánones de interpretación, deben ser entendidas conforme al sentido general del derecho: la justicia; y que no es posible entender correctamente las reglas de derecho si nos atenemos exclusivamente a alguna de las guías de interpretación, pues el ordenamiento debe apreciarse en su totalidad, para llegar a un resultado justo y razonable.

Jurisprudencia

SCC 21-6-05, dec. 407:

No obstante, ***la Sala presenta serias dudas respecto del criterio sostenido hasta ahora en el sentido de que cumplidos los extremos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, el Juez sigue siendo soberano para negar la medida, con pretexto en la interpretación literal del término "podrá", empleado en el referido artículo, de conformidad con lo previsto en el artículo 23 eiusdem.***

Ello encuentra justificación en que las normas referidas a un mismo supuesto de hecho no deben ser interpretadas de forma aislada, sino en su conjunto, para lograr la determinación armónica y clara de la intención del legislador.
[…]
El criterio actual de la Sala se basa en la interpretación literal del término "podrá", empleado en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, cuyo contenido y alcance es determinado de conformidad con el artículo 23 eiusdem, a pesar de que esa norma remite de forma directa al artículo 585 del mismo Código, el cual establece los presupuestos necesarios para el decreto de la medida, cuya norma emplea el término "decretará" en modo imperativo. Esta norma es clara al señalar que cumplidos esos extremos el Juez decretará la medida, con lo cual le es impartida una orden, que no debe desacatar.
En concordancia con ello, el artículo 601 del Código de Procedimiento Civil, es más claro aún, pues establece que de ser insuficiente la prueba consignada para acreditar los extremos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, el Juez mandará a ampliarla sobre el punto de la insuficiencia, determinándolo. Asimismo, esa norma dispone que en caso contrario, esto es, si considera suficiente la prueba aportada para acreditar los extremos del referido artículo 585 del mismo Código, el Juez "decretará" la medida y procederá a su ejecución.
Es evidente, pues, que cumplidos esos extremos, el Juez debe decretar la medida, sin que en modo alguno pueda ser entendido que aún conserva la facultad para negarla, con la sola justificación literal de un término empleado de forma incorrecta en una norma, sin atender que las restantes normas referidas al mismo supuesto de hecho y que por lo tanto deben ser aplicadas en conjunto, y no de forma aislada, refieren la intención clara del legislador de impartir una orden y no prever una facultad. […]
La Sala abandona el citado criterio, ya que el Juez debe decretar la medida si están llenos los extremos de ley, sin que pueda escudarse en su discrecionalidad para negarla. En consecuencia, en lo sucesivo deberá admitirse el recurso de casación contra las decisiones que nieguen las medidas preventivas, al igual que aquellas que las acuerden, modifiquen, suspendan o revoquen, pues todas ellas son interlocutorias con fuerza de definitiva, asimilables a una sentencia de fondo en cuanto a la materia autónoma que se debate en la incidencia.
Ahora bien, debido a que el texto constitucional consagra en su artículo 257 que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia, y el 26 garantiza que ésta sea expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles, principios éstos que exigen que las instituciones procesales sean interpretadas en armonía con este texto y con las corrientes jurídicas contemporáneas que le sirven de fundamento, por tanto, esta Sala establece que el criterio aquí asumido se aplicará a éste y cualquier otro caso en que fuese ejercido el poder cautelar del Juez, de conformidad con los artículos 585 y siguientes del Código de Procedimiento Civil."

SCC 21-6-05, dec. Nº 418:

"De los artículos transcritos precedentemente, se desprende que en la ejecución forzosa de una sentencia definitivamente firme "...Si la condena hubiere recaído sobre

cantidad líquida de dinero, el Juez mandará embargar bienes propiedad del deudor que no excedan del doble de la cantidad y costas por las cuales se siga ejecución...". Tal como claramente se observa, es una facultad discrecional del Juez establecer el monto del embargo, debido a que su única limitación está textualmente prevista en la Ley cuando se le ordena ***que no excedan del doble de la cantidad****, motivo por el cual no es obligatorio para el Juez decretar el embargo de los bienes del deudor por el doble de la cantidad a que haya sido condenado a pagar (…)."*

SCC 12-4-04, dec. Nº 308:

"Según la norma en comentarios, el Juez es quien determina la conveniencia de completar la actividad probatoria de las partes con las diligencias de oficio de prueba del auto para mejor proveer. En consecuencia y en primer lugar, es su prudente arbitrio el que determinará si es necesario realizar o no algunas de aquellas diligencias, tal como lo previene el artículo 23 del Código vigente. No obstante, como también lo ordena éste texto, cuando se autoriza a los jueces a obrar conforme a su prudente arbitrio, deben hacerlo «en obsequio de la justicia y de la imparcialidad», porque el complemento del material probatorio, más que una facultad es un deber, debido a que «los jueces tendrán por norte de sus actos la verdad, que procurarán conocer en los límites de su oficio» de acuerdo a lo que consagra el artículo 12 eiusdem ... si se admite que ejercer la función jurisdiccional es administrar justicia y que los tribunales deben administrarla a plenitud y eficazmente ... entonces, el dictar autos para mejor proveer será cada vez más un deber de los jueces que una facultad. […]

La Sala acoge los criterios doctrinales precedentemente citados y reitera que los autos para mejor proveer son providencias que el sentenciador puede dictar de oficio en ejercicio de las facultades discrecionales que la Ley le otorga, para esclarecer, verificar o ampliar, por si mismo, determinados puntos, ya constante en los autos, cuando a su juicio ello sea necesario para formarse mejor su convicción y poder decidir con justicia e imparcialidad (Ver Sent. 27 de febrero de 1980, caso: Carmelo Alonso y otro contra Auto Suplí S.A.).

En otras palabras, el Juez puede, si lo juzga procedente, dictar un auto para mejor proveer, en el cual podrá acordar, entre otras medidas, la presentación de algún instrumento de cuya existencia haya algún dato en el proceso y que juzgue necesario, teniendo presente lo dispuesto en el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, sin extremar o excederse de los límites que le impone dicha norma.

SCC 01-11-02, dec. Nº 406:

"La Constitución de la República, especialmente, señala que "El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la Justicia..." y esto no sería posible sin el adecuado ejercicio de las facultades otorgadas al sistema judicial por las leyes procesales. El artículo 320, cuarto aparte, del Código de Procedimiento Civil, establece que "Podrá también la Corte Suprema de Justicia en su sentencia hacer pronunciamiento expreso, para casar el fallo recurrido con base en las infracciones de orden público o constitucionales que ella encontrare, aunque no se les haya denunciado."

Conforme con esta disposición legal, la Sala de Casación Civil tiene la prerrogativa para extender su examen al fondo del litigio, sin formalismos, cuando, a motu proprio, detecte la infracción de una norma de orden público o constitucionales. Esta atribución puede ser ejercida por la Sala con objeto de materializar la correcta aplicación de la justicia, habida cuenta que el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil señala que "Cuando la ley dice: "el Juez o Tribunal puede o podrá", se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad". En este sentido, cuando la norma establece esta facultad para ser ejercida por cualquier Juez de la República, no puede excluirse de su ámbito de aplicación a este Supremo Tribunal, ya que se crearía una excepción no prevista y menos aún, instituir limitaciones de carácter formal como las señaladas en la decisión de fecha 24 de abril de 1998. Desde luego que ello conduciría a convertirla en un sustitutivo de la norma, toda vez que se traduce en una derogatoria o desaplicación de la facultad discrecional prevista en el párrafo citado del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, reduciendo las potestades, precisamente del Máximo Tribunal.

De acuerdo con este nuevo criterio, la Sala abandona la posición asumida en su decisión de fecha 24 de abril de 1998 y, en consecuencia, declara que, en lo sucesivo, podrá casar de oficio los fallos sometidos a su consideración, para lo cual sólo es necesario que se detecte en ellos infracción de orden público y constitucionales como lo señala el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, ateniéndose siempre, claro está, a los postulados del artículo 23 del Código de Procedimiento Civil. Así se decide."

Conforme al parágrafo cuarto del artículo 320 del Código Adjetivo Civil, interpretado ampliamente en el cambio doctrinario supra señalado, el Tribunal está facultado para casar de oficio las sentencias sometidas a su consideración, sin que medien para ello ninguno de los supuestos que antes se exigían, siendo sólo necesario que se detecte en ellas –las sentencias recurridas– infracciones de orden público y constitucionales no denunciadas, atendiendo siempre a los postulados del 23 eiusdem."

SCC 30-11-01, dec. Nº 383:

"La Sala estima que la sentencia de alzada sí expresa las razones de hecho en que se fundamentó para dejar establecido el daño y el alcance de la responsabilidad del codemandado Alí Segundo Bravo, así como el carácter doloso y temerario de la denuncia penal interpuesta por él independientemente de lo acertado o no de esas razones. En efecto los fundamentos de hecho dados por el Juez de la recurrida, consistieron en la aceptación y admisión de tales hechos derivada de la presunción de confesión a la cual hace referencia el fallo recurrido, en virtud de que el co-demandado Alí Segundo Bravo no cumplió con la carga probatoria a que estaba obligado para desvirtuar dicha presunción, contrario a lo afirmado por el formalizante.

Igualmente, considera la Sala que el artículo 1.196 del Código Civil, permite al Juez condenar al pago de una indemnización por daño moral, y su estimación no es censurable por los justiciables, por ser una potestad discrecional, que no tiene otra limitación que su prudente arbitrio.

En efecto, en sentencia de fecha 10 de agosto de 2000 (caso Luis Aguilera Fermín c/ Juan José Acosta Rodríguez, expediente Nº 99-896), esta Sala estableció lo siguiente:
"...Con respecto a la tipificación del daño moral y su indemnización, esta Sala en decisión de fecha 29 de julio de 1999, estableció:
'Ahora bien, el artículo 1.196 del Código Civil establece lo siguiente:
La obligación de reparación se extiende a todo daño material o moral causado por el acto ilícito.
El Juez puede, especialmente, acordar una indemnización a la víctima en caso de lesión corporal, de atentado a su honor, a su reputación, o a los de su familia, a su libertad personal, como también en el caso de violación de su domicilio o de un secreto concerniente a la parte lesionada.
El Juez puede igualmente conceder una indemnización a los parientes, afines, o cónyuge, como reparación del dolor sufrido en caso de muerte de la víctima.
En relación con la indemnización por daño moral, el criterio de la Sala es el siguiente:
Atendiendo a lo previsto en el artículo 1.196 del Código Civil, el Juez, una vez comprobado el hecho, puede proceder a fijar discrecionalmente el monto del daño moral a ser indemnizado a la víctima, en base a su criterio subjetivo, '...la reparación del daño moral la hará el Juez según lo establecido en el artículo 1.196 del Código Civil, es decir, queda a su apreciación subjetiva y no limitada a lo estimado en el libelo'. (Sentencia de la Sala de Casación Civil, ponencia del Magistrado Dr. Carlos Trejo Padilla, fecha 12 de diciembre de 1995, Exp. Nº 95-281, juicio: Carmelo Antonio Benavidez contra Transporte Delbuc, C.A.)'.
*Dado que el artículo 1.196 del Código Civil, faculta al juzgador para apreciar si el hecho ilícito generador de daños materiales puede ocasionar, además repercusiones psíquicas, o de índole afectiva, lesivas de algún modo al ente moral de la víctima, **la estimación que al respecto hagan los jueces de mérito así como la indemnización que acuerden en uso de la facultad discrecional que les concede el citado artículo, son de su criterio exclusivo.***
*Asimismo, el artículo en comento dice "**puede**" y en este sentido el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil autoriza al Juez para obrar según su prudente arbitrio consultando lo más equitativo, justo o racional, y, por lo tanto, está autorizado para conceder la indemnización o forma de reparación que considere conveniente sin que tal indemnización tenga que ser necesariamente de contenido patrimonial y ello, desde luego, porque el daño no es material sino moral.*
*Por tanto, estima esta Sala que en el caso de autos el Juez de la recurrida no cometió el vicio que se le imputa, toda vez que de acuerdo al contenido del artículo 1.196 del Código Civil, la forma de la indemnización, **lo fija el Juez sin que para ello exista otra limitación que la de su prudente arbitrio**. Así se decide."* (Destacado de la Sala)
Con base en lo anteriormente expuesto, esta Sala de Casación Civil concluye que la recurrida no es inmotivada, ya que existe en ella la fundamentación mínima necesaria que la doctrina y la jurisprudencia exigen para este tipo de caso.

SCC 15-11-00, dec. Nº 189:

"En efecto, de acuerdo con el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil, es facultad del Juez aclarar o dictar ampliaciones de las decisiones que éste emita, pues el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil (artículo 13 del Código de Procedimiento Civil de 1916), señala que cuando la ley dice: "El Juez o Tribunal puede o podrá", debe entenderse que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad. Por tanto, este precepto, en concordancia con el artículo 252 eiusdem le otorga al Juez plena libertad para realizar o no las aclaratorias o ampliaciones solicitadas por las partes, las que al serle negadas al solicitante, son inapelables, y por ende no son recurribles en casación."

SCC 10-02-00, dec. Nº 3:

"La casación sin reenvío envuelve una facultad, cuyo ejercicio compete libremente a la potestad del Tribunal Supremo de Justicia, pues el preindicado artículo 322 en su parte final emplea el vocablo "podrá", y ello, comporta "...que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y la imparcialidad" (art. 23 C.P.C.) con lo cual el legislador deja al Tribunal Supremo en libertad de aplicar adecuadamente la novísima atribución que se le confiere. Por tanto, las partes no tienen la facultad para solicitar o invocar un pronunciamiento para que el Alto Tribunal case sin reenvío, no existiendo tampoco la obligación de éste, en atender el requerimiento. Por otra parte, los casos en que produce la casación sin reenvío son taxativos, carácter que viene justificado pues esta modalidad representa una excepción al principio general conforme al cual casado un fallo por cualquiera de las causas enumeradas en el ordinal 2º del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, ésta debe enviarse al tribunal de reenvío a objeto de que se dicte nueva sentencia de conformidad con la doctrina expuesta por la Sala, la cual tiene carácter vinculante para el Juez de reenvío en el presente asunto sometido a consideración del Tribunal Supremo."

Artículo 24

Los actos del proceso serán públicos, pero se procederá a puertas cerradas cuando así lo determine el Tribunal, por motivo de decencia pública, según la naturaleza de la causa. En tal caso, ni las partes ni los terceros podrán publicar los actos que se hayan verificado, ni dar cuenta o relación de ellos al público, bajo multa de un mil a cinco mil bolívares, o arresto hasta por ocho días, penas que impondrá el Juez por cada falta. El estudio de expedientes y solicitudes, la conferencia que tengan los jueces para sentenciar y la redacción del fallo, se harán en privado, sin perjuicio de la publicación de las sentencias que se dictaren.

Publicidad en el enjuiciamiento escrito y oral

Tal como enseña Loreto, es principio del sistema procesal que los actos del Tribunal deben ser públicos, al alcance de todos, notorios para el público. Se procederá a puerta cerrada y en secreto cuando así lo determine el Tribunal por motivo de decencia pública. En este caso ni las partes ni los terceros pueden hacer del conocimiento del pueblo los actos que se hayan verificado ni dar cuenta ni relación de ellos. *En un sistema democrático del proceso civil la publicidad es un postulado de especial importancia, técnica y política, que las miradas de todos los ciudadanos pueden controlar y verificar*. (Loreto 1987, 23)

No se trata aquí de la publicidad del juicio oral, de la actuación de la justicia con la participación y ante la vista de todos, la verdadera publicidad del proceso a juicio de Montero Aroca:

"Sin oralidad no hay publicidad. En un procedimiento escrito las normas legales pueden establecer la publicidad, pero son normas de imposible cumplimiento en la práctica. Sólo un proceso oral y concentrado permite la publicidad y con ella la fiscalización popular del funcionamiento de la justicia." (Montero y Flors 2004, 134)

Más bien se está ante la posibilidad de que las partes y el público conozcan las actuaciones realizadas en el proceso por constar en el expediente, aunque no se realizaron a la vista de todos.

Conforme a las reglas concretas, el Secretario deberá facilitar a las partes, cuando lo soliciten, el expediente de la causa para imponerse de cualquier solicitud hecha o providencia dictada, debiendo reservar únicamente los escritos de promoción de pruebas, pero sólo hasta el día siguiente a aquel en que venza el lapso de promoción. La misma obligación tiene el Secretario respecto de los terceros o extraños a la causa, a menos que se le haya mandado reservar por causa de decencia pública. (Ver art. 110 CPC)

Las partes pueden obtener en cualquier estado y grado de la causa, copia de las actuaciones. Los terceros sólo podrán obtener copia certificada de actuaciones una vez concluido el proceso, *exceptuando aquellas que se reserven por decencia pública, de las cuales no podrá darse testimonio sino a las partes*. (Ver art. 112 CPC)

"Sin embargo, es de notarse que la actuación a puerta cerrada ordenada por el Tribunal, no afecta en modo alguno la publicidad que debe existir entre las partes, sino exclusivamente a los terceros o extraños a la causa, a los cuales no se dará testimonio de las actuaciones mandadas a reservar, ni aún después de concluida la causa (Art. 112 C.P.C)".

[…]

"No se concibe alguna actuación de una parte que pueda estar reservada para la otra. Sin la garantía de la publicidad de los actos, las partes no podrían estar a derecho, ni quedaría asegurada la igualdad de las mismas en el proceso, ni garantizada la defensa en su sentido más amplio. De allí que las partes puedan pedir al secretario informes sobre todo, cuanto haya ocurrido en su asunto, y dicho funcionario tiene el deber de dar tales informes o presentar el expediente a las partes para que se impongan de cualquiera solicitud hecha o providencia dictada (Art. 110 C.P.C.). (RENGEL-ROMBERG 1991, II, 137-138)

VÉSCOVI (1984, 262) advierte las dos formas de publicidad del proceso. En sentido restringido, se refiere al conocimiento de las partes (o

terceros interesados) que actúan en el procedimiento de todos los actos procesales. En sentido amplio, la publicidad significa la presencia de personas ajenas y del público en general, en los actos del proceso. Lo que prácticamente va unido al proceso oral o por audiencias, donde se admite, normalmente, la presencia del público como una forma de control y garantía.

En efecto, la publicidad plena es carácter fundamental del proceso oral y tiene, además del propósito común de permitir y facilitar la actuación y defensa de las partes, controlar la actividad judicial. No es tan fácil el desvío del fin fundamental del proceso a la vista de todos, como puede serlo en la oscuridad del expediente.

"Sin oralidad no hay publicidad. En un procedimiento escrito las normas legales pueden establecer la publicidad, pero son normas de imposible cumplimiento en la práctica. Sólo un proceso oral y concentrado permite la publicidad y con ella la fiscalización popular del funcionamiento de la justicia.

Cuando se habla de publicidad el principio debe acomodarse a los tiempos. Hoy no tiene sentido decir que la publicidad permite que el público entre en el local de la audiencia para presenciar la realización del acto procesal ; en la actualidad la publicidad no puede dejar de atender a los medios de comunicación social (prensa, radio, televisión) y ha de entenderse que proceso público es aquel al que pueden tener acceso los medios, los cuales se constituyen como una especie de "representantes" del público y como tales tienen todos los derechos del "público" pero no más. De la misma manera el derecho de las partes a un proceso público no cabe entenderlo hoy desconectado de los medios dichos de comunicación social." (Montero 2004, 134-135)

Se tendrán entonces dos extremos: los jueces sin rostro, presentes en algunas oportunidades en el escenario latinoamericano, procedimiento inquisitorial con mínimas garantías para las partes, y el juicio oral con control popular de las actuaciones judiciales. El procedimiento escrito venezolano se sitúa en un término medio: carece del control popular, pero ofrece suficientes garantías de acceso al expediente a las partes y a los terceros interesados.

Reserva del expediente

Sólo por motivos de decencia pública puede el juez, conforme a esta regulación, ordenar que se proceda a puertas cerradas.

La Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes recientemente promulgada, consagra especialmente el principio de publicidad y en su exposición de motivos expresa:

"El principio de publicidad constituye una de las garantías fundamentales del derecho al debido proceso, pues además de permitir a las partes el ejercicio de su defensa, hace más transparente la actuación del Sistema de Justicia, permitiendo la contraloría social del pueblo sobre el accionar de los jueces y juezas. Sin embargo, en materia de niños, niñas y adolescentes pueden establecerse ciertas limitaciones para garantizar sus derechos y desarrollo integral. Así, se prevé, en primer lugar, que las audiencias serán públicas, salvo en dos casos: cuando la ley así lo establezca; o, si a criterio del juez o jueza es necesario proceder a puertas cerradas total o parcialmente, para garantizar la seguridad, la moralidad o la protección de la personalidad de alguna de las partes o de alguna persona notificada para participar en el proceso. En segundo lugar, se establece expresamente el carácter público del expediente, salvo los casos expresa y excepcionalmente previstos en la Ley, como el referido a adopciones."

Ahora bien, esa Ley en la disposición concreta, amplía las posibilidades de proceder a puertas cerradas, parcial o totalmente cuando lo establezca la ley o determine el juez por motivos de seguridad, de moral pública o de protección de la personalidad de alguna de las partes o de alguna persona llamada a participar en la audiencia oral, pero excluye la posibilidad de reservar el expediente, salvo expresa previsión legal:

"Artículo 450. Principios. […]

f) Publicidad. El juicio oral tiene lugar en forma pública, pero se debe proceder a puertas cerradas total o parcialmente, cuando así lo establezca la ley o determine el juez o jueza por motivos de seguridad, de moral pública o de protección de la personalidad de alguna de las partes o de alguna persona notificada para participar en él, según la naturaleza de la causa. La resolución será fundada y debe constar en el acta del debate. Desapa-

recida la causa de la clausura, puede ingresar nuevamente el público. Lo anterior no obsta el carácter público del expediente, el cual no puede ser objeto de reserva, salvo las excepciones establecidas en esta Ley."

Jurisprudencia

SCon 06-04-01, dec. Nº 487:

"Antes de analizar la sentencia apelada, debe esta Sala pronunciarse preliminarmente respecto de la reserva o manejo privado del presente expediente, solicitado por los propios accionantes y acordado por el tribunal ***a quo****, en la oportunidad en que fue admitida la acción de amparo que corre inserta en autos.*

En este sentido, se observa que el artículo 24 del Código de Procedimiento Civil establece el «principio de publicidad» del proceso, según el cual todos sus actos serán públicos, a menos que por motivos de «decencia pública» el Tribunal de la causa ordene proceder a puertas cerradas. Tal excepción sólo resulta aplicable en los casos en que la ventilación abierta de una determinada causa, por su propio contenido, atente en tal forma a las buenas costumbres, con el consecuente desorden social que ello genera, que el principio procesal que se comenta deba ser sacrificado, en aras de salvaguardar el orden público.

Ahora bien, estima esta Sala que el tratamiento reservado del presente expediente, conduciría a la convalidación por parte de esta Sala, de cortapisas al derecho a la igualdad y a la no discriminación que asisten a los accionantes, cortapisas que han sido impuestas por ellos mismos. En este sentido, la Sala Político-Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia (vid. sentencia del 14 de agosto de 1998), fijó su posición respecto de un caso similar al de autos, y que esta Sala comparte plenamente, estableciendo en dicho fallo lo siguiente:

«[H]oy en día las estadísticas revelan que éste es un virus a cuyo contagio está expuesto cualquier persona sin distinción, dada la variedad de formas de transmisión (contacto sexual, jeringas y/o agujas infectadas, parto, lactancia). ***De manera que, el anonimato que en un principio resguardaba la privacidad de estas personas en su contexto social, va perdiendo su sentido, por cuanto se trata de una enfermedad de tan alto riesgo como cualquier otra y, para que sea entendido de esta forma, es preciso restarle el carácter de "censura" que hasta ahora se le ha venido dando****, pues será eso lo que en definitiva garantizará el derecho a la igualdad y la no discriminación de quienes padecen esta enfermedad.*

Esta Sala está consciente de que los esfuerzos que se hagan a nivel de los poderes públicos para garantizar el derecho a la igualdad y a la no discriminación, depende en buena parte de la conciencia social que se tenga sobre esta enfermedad, de allí que resultará altamente beneficioso en el tratamiento de este tema la colaboración de los propios afectados, sus familiares y allegados. ***La garantía del derecho a la no discriminación no se logrará si ellos mismos –resguardándose en la privacidad– se aislasen, se apartasen de sus actividades, ocultasen sus propios padecimientos o***

***se sintiesen culpables cuando en realidad no hay razón para ello*»** (Destacado de este fallo).

En el mismo orden de ideas, considera esta Sala que en el estadio actual de conciencia colectiva respecto del impacto del Virus de Inmunodeficiencia Humana, como grave mal que aqueja no sólo a nuestra Nación, sino al mundo entero, y gracias a las campañas globales de concienciación sobre la naturaleza de esta dura enfermedad, han quedado desvanecidas en gran parte las creencias que lo ubicaban como producto de oprobiosas conductas por parte de determinados grupos de riesgo, que lamentablemente condujeron a sus portadores a protegerse en la privacidad, so pena de verse discriminados en los más amplios ámbitos del quehacer humano.

De allí que esta Sala estime poco conveniente para la real y progresiva comprensión del impacto social del Síndrome de Inmunodeficiencia Humana, mantener en reserva el presente expediente, tal como fuese tratado por el Juzgado a quo, y en legítimo respaldo al derecho a la igualdad y no discriminación de los accionantes, revoca el manejo privado de la presente causa."

SCon 18-12-00, dec. Nº 1.566:

"En cuanto a la solicitud relativa a que el procedimiento se realice a puertas cerradas y con carácter reservado, porque consideran "...que puede haber hechos que no sea conveniente al interés superior de las niñas su divulgación...", esta Sala considerando que puede verse afectado directamente en este caso intereses de menores, que obligan a tratar la materia con extrema prudencia, por aplicación supletoria del artículo 24 del Código de Procedimiento Civil, acuerda la solicitud y ordena realizar la audiencia en privado y a puertas cerradas, con la sola comparecencia de las partes interesadas, y de las menores, si estuvieran en el país, las cuales serán interrogadas por la Sala en acto aparte."

Artículo 25

Los actos del Tribunal y de las partes, se realizarán por escrito. De todo asunto se formará expediente separado con un número de orden, la fecha de su iniciación, el nombre de las partes y su objeto. Las actuaciones deben observar el orden cronológico, según la fecha de su realización y la foliatura del expediente se llevará al día y con letras, pudiéndose formar piezas distintas para el más fácil manejo, cuando sea necesario.

Procedimiento y proceso

Procedimiento significó históricamente la previsión legal respecto de los actos que debían realizar las partes y el órgano jurisdiccional "*recordemos que la procédure era el conjunto de formas que los ciudadanos debían seguir para obtener justicia y que los tribunales habían de observar para otorgarla*". (Montero et al 2000, I, 290)

Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad judicial, el lado externo de esa actividad.

"Con base en lo dicho puede llegarse a las siguientes conclusiones:

1. La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso.

2. Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional.

3. Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento.

4. Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en que el juez no actúa jurisdiccionalmente).

5. Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos." (Montero et al 2000, I, 291)

ORALIDAD Y ESCRITURA

MONTERO Y FLORS (2004, 125) señalan la necesidad de replantear lo que puede suponer hoy la oralidad, aclarando, de entrada, que el principio se refiere a la forma, al procedimiento, no al proceso, al contenido de los actos procesales:

"En nuestra opinión todo el problema del procedimiento, de la forma, puede resumirse en dos principios: oralidad y escritura, aclarando inmediatamente que cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, inmediación, concentración y publicidad, y lo mismo con los principios contrarios derivados de la escritura."

Desde el inicio hay que dejar bien sentado, por evidente, la imposibilidad práctica de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita. De ahí que no se trate de exclusividades sino de prevalecimientos. Resulta así que el problema de los principios de oralidad o de escritura es un problema de límites. Si en un procedimiento escrito la palabra ha de ser la forma de realización de algunos actos procesales, y si de un procedimiento oral la escritura no puede estar totalmente ausente, todo se reduce a determinar cuándo, por prevalecer una forma u otra, podemos correctamente decir que estamos ante un procedimiento oral o escrito.

[…]

La doctrina que calificamos de tradicional, junto a lo anterior, destacó que con las palabras oralidad y escritura sintetizaba un conjunto de caracteres del procedimiento, un sistema completo de principios inseparables los unos de los otros, pero en todo caso quedaba claro que la oralidad significaba en primer lugar y principalmente que la pretensión había de formularse oralmente, y que por escritura había de entenderse que la pretensión se realizaba por escrito.

En la actualidad centrar la oralidad y la escritura en un único elemento como base imprescindible nos parece unilateral, y estimamos que no puede hacerse depender de él la naturaleza del procedimiento. Éste será oral o escrito atendiendo a un conjunto de principios, en los que, junto a la forma oral o escrita de los actos procesales, hay que resaltar otros de

tanta o mayor importancia. La oralidad y la escritura son dos modos de hacer el procedimiento, el conjunto del mismo, no la forma de un único acto procesal." (Idem)

Al respecto se puede aducir que la dicotomía oralidad-escritura, si bien se refiere al procedimiento, a la forma externa de la actividad judicial; sin embargo, como generalmente sucede, la forma influye en el contenido. El procedimiento oral, facilita el control popular de la actividad de los órganos judiciales y permite, por la inmediación del juez a las alegaciones y las pruebas, un mejor decidir.

Procedimiento escrito

En sentido estricto, un sistema procesal es oral, cuando el material de la causa (las alegaciones, las pruebas y las conclusiones) se aprecia en la decisión solamente si se presenta de palabra; y es escrito, cuando la escritura es la forma ordinaria de las actuaciones:

"*No se debe confundir el principio de la escritura con el de protocolización. Este se da aún en los procesos orales, cuando existe el requisito de que las alegaciones y pruebas orales se reduzcan a escrito, con el fin de conservar un memorial del procedimiento El principio de escritura es la culminación de una evolución surgida del principio de protocolización.*

Millar nos dice que el proceso civil romano había desarrollado una demanda por escrito (libellus conventionis), quedando todas las demás actuaciones orales, pero que al parecer, el hecho de la protocolización final condujo a la práctica de presentar también las otras actuaciones desde un principio por escrito. Asimismo, el proceso romano-canónico, que al principio requirió sólo para la demanda la forma escrita, evolucionó por razones de simplicidad y de rapidez hacia la escritura en virtud de estar adherido al principio de protocolización." (Rengel-Romberg 1991, I, 132-133)

El sistema escogido por los sucesivos legisladores venezolanos para el juicio ordinario es el escrito. Los primeros códigos, a partir del Arandino, establecieron un procedimiento verbal para la decisión de pretensiones de menor cuantía, pero con el devenir de las reformas, éste fue sustituido por el procedimiento breve escrito; de manera tal que en

la actualidad nuestro enjuiciamiento civil es casi absolutamente escrito. Las actuaciones que necesariamente son verbales, como la deposición de los testigos o la confesión provocada –posiciones juradas– se documentan en actas que son firmadas por las partes y el Tribunal; tales escritos tienen un valor probatorio excluyente de lo manifestado verbalmente, al punto de que en el uso forense, nuestros jueces no presencian la declaración, y sólo juzgan con fundamento en lo escrito.

En el proceso venezolano también se admitían, hasta la reforma de 1987, alegaciones menores verbales, las cuales eran recogidas en diligencia por el Secretario. Esa posibilidad fue descartada por el Código vigente, que establece en su artículo 187: *Las partes harán sus solicitudes mediante diligencia escrita que extenderán en el expediente de la causa*.

Asimismo, en esa reforma fue eliminada la posibilidad de presentar los informes de las partes de manera oral.

Sin perjuicio de lo ya observado, en 1987 se estableció un procedimiento oral para los juicios de menor cuantía, los laborales y los de tránsito, pero durante el debate parlamentario privó el tradicional argumento conservador de "no estar preparados para el juicio oral", y se sujetó la vigencia de estas normas a un acto del Poder Ejecutivo, que no se dictó sino hasta fecha muy reciente. Aun en este procedimiento subsisten características del procedimiento escrito, como lo son la tramitación del incidente de cuestiones previas y el procedimiento escrito de segunda instancia.

En los procedimientos orales, se reducen al mínimo las cuestiones incidentales que deben ser resueltas mediante una sentencia interlocutoria, previa tramitación dilatoria del debate sobre el fondo.

A diferencia del procedimiento de menor cuantía del CPC, la apelación en los juicios orales típicos consiste en la revisión de las cuestiones sometidas verbalmente a la Alzada en la audiencia de apelación, no en el examen de la totalidad de las actas, en los límites del agravio causado en primera instancia al apelante, obtenido mediante la remisión del expediente.

Históricamente, el procedimiento escrito ha predominado en las legislaciones latinoamericanas; sin embargo, en los últimos años se ha producido un movimiento de reforma que tiene como base el Código Modelo para Iberoamérica redactado por encargo del Instituto Iberoaméricano de Derecho Procesal.

"La escritura del proceso tiene la ventaja de que el juez puede sopesar las razones que alegan uno y otro litigantes, sin el calor de la fragua; no exige una preparación extraordinaria en los jueces y facilita una actitud pasiva durante la sustanciación hasta el momento en el que toca dictar sentencia. Pero como contrapartida, se desaprovecha la celeridad procesal que sin duda trae consigo el proceso oral, en el que el juez interviene activamente desde la audiencia preliminar hasta la audiencia o debate oral, conforme al principio de concentración o unidad de vista, que lleva a relegar para esa audiencia final de la instancia, todos cuantos actos de instrucción pueden efectuarse allí." (Henriquez La Roche 1995, I, 122)

La alternativa entre oralidad y escritura atiende a la forma de los actos procesales, al procedimiento, y no al contenido de los mismos, es decir, al proceso:

"…todo el problema del procedimiento, de la forma, puede resumirse en dos principios: oralidad y escritura, aclarando inmediatamente que cuando nos referimos a la oralidad incluimos dentro del principio aquellos otros que se derivan de él, es decir, inmediación, concentración y publicidad, y lo mismo con los principios contrarios derivados de la escritura.

Desde el inicio hay que dejar bien sentado, por evidente, la imposibilidad práctica de configurar un procedimiento de manera totalmente oral o escrita. De ahí que no se trate de exclusividades sino de prevalecimientos. Resulta así que el problema de los principios de oralidad o de escritura es un problema de límites. Si en un procedimiento escrito la palabra ha de ser la forma de realización de algunos actos procesales, y si de un procedimiento oral la escritura no puede estar totalmente ausente, todo se reduce a determinar cuando, por prevalecer una forma u otra, podemos correctamente decir que estamos ante un procedimiento oral o escrito." (Montero 2004, 124-125)

Los principios a que se refiere el tratadista español, como característicos del juicio oral, inmediación, concentración y publicidad, se contraponen a los principios del procedimiento escrito: mediación en los actos procesales, que permite la realización de actos ante jueces o funcionarios delegados; división del proceso en sucesivas fases, con rígida preclusión de las actuaciones; inclusión de las actuaciones escritas en un expediente, estás serán las únicas a ser valoradas por los jueces en la sentencia: *quod non est in actis non est in mundo.*

El procedimiento escrito se inicia con demanda documental y de la misma manera se expresa la principal actuación del demandado, la contestación a la demanda. En el procedimiento oral actual, que es realmente un procedimiento mixto, estas actuaciones introductorias de la controversia también son escritas; pero en los sistemas en que no existe la rígida preclusión de alegaciones del procedimiento civil venezolano, en el cual la pretensión y la contestación están exclusivamente contenidas en esas actuaciones escritas, se abre paso a la posibilidad de modificar las defensas y pretensiones en los actos orales. En consecuencia, en los procedimientos orales, una de las funciones de la audiencia preliminar es la determinación de los límites de la controversia y en ella se podrán precisar y aun modificar pretensiones y defensas. Incluso algunos autores insisten en que el principio de oralidad determina que (salvo algunas excepciones) únicamente lo que de palabra se aporte al proceso puede ser valorado por el juez y tenido en cuenta en la resolución final (ver MONTERO 2004, 126), lo cual conduce a que las actuaciones escritas deben ser ratificadas durante la audiencia.

Expresión de esta característica de los procesos orales es el parágrafo único artículo 6 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo: "*El juez de Juicio podrá ordenar el pago de conceptos, como prestaciones o indemnizaciones, distintos de los requeridos, cuando éstos hayan sido discutidos en el juicio y estén debidamente probados.*"

En el procedimiento escrito venezolano, las actuaciones de las partes pueden realizarse por diligencia, que es una simulación de oralidad; o por escrito rodeado de todas las formalidades legales, que se presentarán

en la oportunidad señalada por la ley para cada actividad, a diferencia del procedimiento oral en que las actuaciones se realizan verbalmente en una sola audiencia o en pocas audiencias que concentran el proceso y lo preparan para una inmediata decisión, pronunciada oralmente en la audiencia de juicio y luego documentada por escrito.

Los actos del Tribunal se realizan también por escrito, generalmente por el secretario o los amanuenses, bajo el control del juez. Las partes y los terceros que intervinieron en el acto podrán hacer observaciones al acta que se levante la cual suscrita por las partes y el tribunal será apreciada como expresión de lo decidido: el acta representa y sustituye la realidad de la actuación.

Frente a la inmediación del procedimiento oral, entendida como la necesidad de que el juez que va a decidir haya presenciado los actos del proceso y muy especialmente la práctica del las pruebas, se observan las amplias posibilidades de delegación del procedimiento escrito. Así lo establece el artículo 234 del Código de Procedimiento Civil:

"Todo juez puede dar comisión para la práctica de cualesquiera diligencias de sustanciación o de ejecución a los que le sean inferiores, aunque residan en el mismo lugar.

Esta facultad no podrá ejercerse cuando se trate de inspecciones judiciales, posiciones juradas, interrogatorios de menores y casos de interdicción e inhabilitación."

En el procedimiento escrito venezolano, el juez puede comisionar para la práctica de las pruebas y en general para variadas actuaciones, con las limitaciones legales acotadas; y más aún, en realidad casi nunca presencia las pruebas, éstas se practican ante los amanuenses que las recogen por escrito para conocimiento de jueces o magistrados.

En cuanto a la publicidad, en el proceso escrito ésta se reduce a la posibilidad de examinar el expediente y tomar copias de las actuaciones, a diferencia del control popular que resulta de las actuaciones orales a la vista de todos, como se reseñó.

El expediente

El expediente consiste en el cúmulo de sucesivas actuaciones del proceso con las cuales se forma una pieza o cuaderno cosido a mano, en el cual se numeran las páginas con guarismos y letras.

Este expediente se forma bajo el cuidado del Secretario quien suscribirá con el juez los actos, resoluciones y sentencias, y los actos de las partes de terceros o funcionarios accidentales; recibirá las diligencias y escritos que le presenten las partes, y los agregará al expediente de la causa respectiva, *estampando en él su firma, la fecha de la presentación y la hora, y dará cuenta inmediata al juez.* (Art. 107 CPC)

Es atribución de este funcionario cuidar que se conserve el orden cronológico de las actuaciones y que cada día se haga la foliatura del expediente. Toda enmendadura la salvará el Secretario, bajo pena de multa y otras sanciones disciplinarias. de doscientos bolívares por cada falta de esta naturaleza.

"…el Secretario está, además, obligado por su oficio a llevar en la forma más ordenada, escrupulosa y sencilla un Libro Diario en el cual se hace referencia, día por día, audiencia por audiencia, de los escritos y diligencias verbales que hagan las partes en los distintos procesos, así como de las resoluciones dictadas por el tribunal en los mismos, cualesquiera que ellas sean (fijación de audiencia para recibir posiciones juradas, juramentos, deposición de testigos, decretos, autos, sentencias, etc.), lo que permite a las partes o a sus apoderados la posibilidad real de tener un conocimiento rápido e inmediato de los escritos y diligencias de la contraria y de los distintos actos judiciales que se hayan practicado o deban practicarse en el juicio. La Secretaría del Tribunal, encargada de llevar el Libro Diario, tiene el deber de mostrarlo a la parte que lo requiera, y ésta puede instruirse de lo sucedido en el proceso con el examen directo del expediente y solicitar información directa y personal del Secretario. Ese libro oficial hace fe pública de sus asientos y sirve, además, para facilitar y verificar el cómputo de los lapsos judiciales." (Loreto 1987, 146)

El Secretario es el fedatario del Tribunal y por tanto tienen carácter auténtico las copias certificadas que expida, salvo su confrontación con el original.

Cuando la cantidad de actuaciones dificulta el manejo del expediente se abre una nueva pieza para contener las actuaciones. Asimismo se abre cuaderno separado para contener el procedimiento cautelar o cualquier otra incidencia que se tramite por separado.

Preclusión de las actuaciones

Explica Rivera (2004, 319) que los lapsos durante el cual se puede, se debe o se prohíbe ejecutar determinados actos, pueden ser: perentorios, aquellos dentro de los cuales es obligatorio cumplir o ejecutar los actos a que los mismos se contraen; conminatorios si dentro de ellos es permitida la expresada ejecución o el referido cumplimiento; dilatorios si en su decurso está prohibida la actividad jurídica a que hacen referencia. La violación del término perentorio produce la caducidad o nulidad del acto ejecutado fuera de él; en el conminatorio, la extemporaneidad del acto no acarrea la invalidez, aunque sí hace incurrir en diversas consecuencias jurídicas perjudiciales que determina la ley (por ejemplo: en el procedimiento por intimación los 10 días funcionan en doble sentido, por un lado es perentorio para hacer la oposición; pero por otro lado es conminatorio del pago; así, si vencidos los 10 días no se hace oposición no podrá hacerlo posteriormente y si se hace es nulo, pero el pago si podrá hacerlo sin que el acto sea ineficaz, pero debe atenerse a las consecuencias de las costas).

Si bien existen ejemplos de plazos conminatorios o dilatorios, son típicos del procedimiento escrito los lapsos perentorios que dividen el proceso en fases diferentes en las cuales se deben realizar determinados actos, que no podrán realizarse validamente una vez vencido el lapso. Precluye la oportunidad para actuar. Así no se podrá reformar voluntariamente la demanda después de la contestación, ni se podrá presentar validamente la contestación, el escrito de pruebas, los informes de las partes después de vencido el plazo legalmente establecido.

Las garantías de que se rodea la formación del expediente están dirigidas a evitar que se vulnere este principio de preclusión de los actos y se introduzcan en el expediente actuaciones extemporáneas que luzcan como tempestivas.

JURISPRUDENCIA

SCon 07-06-02, dec. Nº 1242:

"El proceso escrito civil venezolano es fraccionado en fases o etapas preclusivas y está orientado, entre otros, por los principios de legalidad de las formas procesales y sólo supletoriamente por el de libertad de las formas, aún cuando está sujeto a la garantía constitucional de que en el proceso no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales (artículos 7 del Código de Procedimiento Civil y 257 de la Constitución); por el principio de la lealtad, probidad e igualdad de las partes en el proceso (artículos 15 y 17 del Código de Procedimiento Civil); el principio de publicidad de los actos procesales (artículo 24 del mismo Código); y el principio de escrituración y formación del expediente (Artículo 25 del mismo Código), principios éstos que realizan, entre otros, el ejercicio de los derechos a la defensa y a la igualdad, también constitucionalmente garantizados (artículos 49, numeral 1 y 21 de la Constitución). Tales principios son desarrollados en las leyes adjetivas, y es así que los artículos 187 y 188 del citado Código, prescriben la necesidad de escrituración de los actos judiciales lo que realiza los principios de publicidad, igualdad y legalidad aludidos, al conferirle certeza a las actuaciones procesales ocurridas y por efectuar en cada caso, lo que, a su vez, permite a las partes determinar, de conformidad con la ley, el modo de participación en el proceso que resulte más favorable a sus intereses (defensas)."

SCC 12-6-03, dec. 282:

"De la precedente transcripción, es evidente que el demandante al cumplir con su deber de determinar el interés principal del juicio señaló una cantidad dineraria, tanto en letras como en guarismo. Sin embargo, ya sea por un error involuntario o no, existe entre las dos menciones una diferencia, que resulta necesario resolverla, toda vez que el monto expresado en letras (cinco millones de bolívares), no superaría el monto mínimo exigido por el citado Decreto Presidencial N° 1.029; mientras que el monto señalado en guarismo (Bs. 5.001.000,00), si cumpliría con el mismo.

La situación fáctica como la de autos, sólo es tratada y resuelta por el Código de Comercio, específicamente dentro del régimen de la letra de cambio, al establecer en su artículo 415, lo siguiente:

"...La letra de cambio cuyo valor aparece escrito a la vez en letras y en guarismo, tiene, en caso de diferencia, el valor de la cantidad expresada en letras...".

En materia civil no se encuentra una disposición que resuelva de manera directa y precisa la situación planteada, per se encuentran normas que resaltan la importancia y obligación de que, cuando haya que escribir números o cantidades de dinero, se haga en letras.

Por ejemplo, el artículo 449 del Código Civil, establece:

*"...Las partidas se extenderán **numerándolas sucesivamente en los libros respectivos, con letra clara** sin dejar espacios..." (Negrillas de la Sala).*

El artículo 1.368 eiusdem, por su parte, al tratar el régimen de los instrumentos privados, establece:

*"...El instrumento privado debe estar suscrito por el obligado, y, además, **debe expresarse en letras la cantidad en el cuerpo del documento**, en aquéllos en que una sola*

de las partes se obligue hacia otra a entregarle una cantidad de dinero u otra cosa apreciable en dinero...” (Negrillas por la Sala).

Otro artículo que hace referencia al tema de la forma de expresar los números referidos a fechas, cantidades o dinero, que se cita, es el 1.913 ibídem, que a la letra, expresa:

*“...Todo título que se lleve a registrar debe designar claramente el nombre, apellido, edad, profesión y domicilio de las partes, **y la fecha de la escritura, en letras**...”* (Negrillas de la Sala).

En materia procesal civil, es pertinente citar dos normas: artículos 25 y 108 de la Ley Adjetiva Civil, que dicen:

*“Artículo 25. Los actos del Tribunal y de las partes, se realizarán por escrito. De todo asunto se formará expediente separado con un número de orden, la fecha de su iniciación, el nombre de las partes y su objeto. Las actuaciones deben observar el orden cronológico, según la fecha de su realización **y la foliatura del expediente se llevará al día <u>y con letras</u>**, pudiéndose formar piezas distintas para el más fácil manejo, cuando sea necesario...”* (Negrillas y subrayado de la Sala)

*“Artículo 108. El Secretario tendrá bajo su inmediata custodia el Sello del Tribunal, el Archivo y los expedientes de las causas y cuidará de que éstos conserven el orden cronológico de las actuaciones **y lleven la foliatura en letras** y al día, absteniéndose de suscribir las diligencias o escritos que no guarden el orden cronológico mencionado...”* (negrillas y subrayado de la Sala).

De la integración sistemática de las normas precedentemente transcritas, puede evidenciarse la intención del legislador de darle valor de certeza y precisión a la expresión escrita manifestada en letra sobre las cifras arábicas que expresen una cantidad. La máxima demostración de esta intención legislativa, se desarrolla en el ut supra transcrito artículo 415 del Código de Comercio, que, en materia mercantil, establece un principio que eleva la letra sobre el guarismo, con la finalidad de ofrecer garantías de certeza a los operadores comerciales.

En materia civil, entonces, es aplicable el mencionado principio mercantil, dada la intención general del legislador de garantizar una certeza en la forma de expresarse en los instrumentos procesales. No debemos olvidar la importancia que esto reviste en un sistema civil eminentemente escrito como el de nosotros, que a pesar de estar empujado a un cambio hacia la oralidad, conforme a los principios constitucionales que sembró la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, aún mantiene su esencia en lo escrito, como lo establece el artículo 25 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, cada vez que, como en el caso de autos, en materia civil aparezca escrito a la vez una cantidad en letras y en guarismos, con diferencias entre ellas, se tomará como cierta y correcta la expresada en letras. Así se decide.

En el sub iudice tal como se indicó, se evidencia de la transcripción parcial del libelo de demanda, una diferencia entre la cantidad escrita en letras y la escrita en cifras arábicas; por lo que, a los fines de determinar el interés principal del juicio, se toma como tal la suma de cinco millones de bolívares, cantidad ésta que no supera la

exigida para acceder a casación, es decir, no excede los cinco millones de bolívares, lo cual determina la inadmisibilidad del recurso de casación anunciado, tal como se declarará de manera expresa, positiva y precisa en el dispositivo del presente fallo. Así se decide."

SCC 25-9-06, dec. 694:

La jurisprudencia de la Sala de Casación Civil se ha pronunciado sobre el particular. En tal sentido, en fallo de vieja data (10 de noviembre de 1983, citado por Ricardo Henríquez La Roche, Ob. cit. p. 487), estableció que "...Los vicios o errores en que se incurra en alguno de los dos procedimientos que marcan desligados no afectan al otro; se corrigen separadamente como si se tratara de litigios distintos; ***las incidencias surgidas en el expediente sobre la cuestión de fondo****, pruebas, tercerías,* ***apelaciones****, recursos de hecho,* ***nada tienen que hacer con las actuaciones en el cuaderno de ejecución y recíprocamente****...".* (Negritas de la Sala)

Asimismo, la Sala se ha pronunciado sobre la consecuencia jurídica de no llevar los cuadernos principal y de medida en forma independiente uno de otro. Tal es el caso que en sentencia del 8 de julio de 1999, en el juicio de Elízabeth Coromoto Rizco Dicuru c/ La Vivienda Entidad de Ahorro y Préstamo, expediente N° 98-055, expresó:

*"...****Considera la Sala que en la recurrida se incurre en subversión del procedimiento, pues el juez no podía sin vulnerar la ley, decidir en un mismo fallo, la incidencia de oposición a la medida precautelativa y dictar sentencia sobre lo principal del juicio dirimiendo la controversia.***

Por imperativo legal, tanto en el Código de Procedimiento Civil derogado... como en el Código de Procedimiento Civil vigente, ***la articulación como la incidencia sobre medidas preventivas cualquiera que ella sea, se tramitarán y <u>decidirán</u> en cuaderno separado e independiente del juicio principal****. La doctrina patria así lo enseña cuando expresa:*

*'****Ya hemos dicho que la articulación sobre las medidas preventivas,*** *así como la originada por la oposición de tercero,* ***se sustancian, no sólo en un mismo expediente distinto del de la causa principal, sino independientemente de ella, cuyo curso no suspenden. Así lo requiere la brevedad del procedimiento, que de otro modo sufriría inútiles retardos****. Bajo el imperio del Código de Aranda, la articulación suspendía el procedimiento en lo principal, cuando se hallaba pendiente al concluir en éste el término probatorio, pues no se procedía a examinar las pruebas, ni a dar sentencia en lo principal hasta después de librada la correspondiente a la incidencia. Carecía en verdad de objeto semejante suspensión, pues la confirmación o revocatoria de las medidas preventivas no tiene influencia alguna sobre la cuestión de mérito.*

El cuaderno especial de estas articulaciones y de la oposición de tercero que en ellas hubiere sido promovida, es parte, sin embargo, del expediente de la causa, y siendo una de sus piezas, deberá agregarse a él, cuando aquéllas se hayan terminado'.

...Omissis...

En consecuencia, al sentenciar el juez de la recurrida en un mismo fallo la incidencia sobre la medida preventiva y decidir el fondo del asunto, infringió los artículos 15 y 604 del Código de Procedimiento Civil.

El primero, relativo a la obligación de mantener a las partes en sus derechos privativos de cada uno sin preferencias ni desigualdades, y el segundo, al desconocer su contenido que establece que la tramitación de todo lo relativo a la medida preventiva deberá tramitarse y decidirse en cuaderno separado...". (Negritas de la Sala)

Artículo 26

Hecha la citación para la contestación de la demanda las partes quedan a derecho, y no habrá necesidad de nueva citación para ningún otro acto del juicio, a menos que resulte lo contrario de alguna disposición especial de la ley.

El principio de que las partes están a derecho

El demandante está a derecho con la sola presentación del libelo de demanda, el demandado queda en la misma situación con la citación para la contestación o con el emplazamiento inicial del proceso, como es el caso de la intimación al pago de los procedimientos ejecutivos; es decir, desde que le es notificada o es tenida por notificada la orden de comparecencia.

El principio de que "las partes están a derecho", es característico del proceso venezolano. Basta con la inicial citación para la contestación a la demanda sin que sea necesario practicar ninguna otra, salvo mandato legal.

"El Código de Procedimiento Civil de 1873, ordenó por primera vez, en su artículo 88, que hecha la citación para la litis-contestación, no habría necesidad de practicarla de nuevo para ningún otro acto de juicio, ni la que se mandase a verificar suspendería el procedimiento a menos que resultase lo contrario de alguna disposición especial." (Loreto 1987, 144)

Sin embargo, el Gran Maestro venezolano señala como antecedente doctrinal, el texto de una de las Bases con que acompañó Aranda su Proyecto de Código al Congreso de 1836, y que tal vez sirvió de inspiración inmediata al artículo 88 del Código del 73. La Base en referencia (Segunda), dice: "*Después de la primera citación las partes estarán obligadas a asistir al pleito y a imponerse de todas las providencias y resoluciones del*

tribunal, sin necesidad de otra citación". Quizás el espíritu de la doctrina allí contenida influyó en la práctica judicial posterior que los codificadores del 73 no hicieron otra cosa que recoger del uso forense". (LORETO 1987, 147, NOTA 5)

Asimismo observa que en Venezuela, desde fines del siglo XVII, se practicaba en la jurisdicción ordinaria eclesiástica la citación única para toda la causa, cuando la residencia del citado estuviese distante del lugar del tribunal. Esta citación única, admitida en forma excepcional, constituyó, sin duda, la regla en la jurisdicción curial de un país de vasto territorio, poco poblado y con incipientes vías de comunicación. Debemos ver en esa práctica del fuero eclesiástico en Venezuela, otro antecedente histórico inmediato de la formación secular del principio.

La citación única facilita el decurso del proceso, obviando las sucesivas notificaciones y traslados de las actuaciones procesales, para una mayor celeridad en el proceso judicial. La solución de los litigios se demora en este sistema por el retardo en decidir, no por los trámites preparatorios. En el derecho comparado se percibe la necesidad de que cada actuación de parte o del tribunal tiene que ser notificada para la continuación del trámite; por el contrario, en el proceso venezolano el trámite fluye libremente, y basta que se establezca en el expediente la oportunidad para la realización de algún acto, o que simplemente nazca tal evento por mandato legal, para que las partes tengan la carga de actuar en defensa de sus derechos. (LORETO 1987, 149)

Sólo en casos muy reducidos y específicos, que la ley misma determina (absolución de posiciones juradas, delación del juramento, poner en marcha la causa cuyo curso esté en suspenso, pronunciamiento de sentencia extemporánea) es necesario citar o notificar a las partes.

Sostiene el autor seguido (LORETO 1987, 150, 151) que el fundamento dogmático del principio en cuestión no consiste en una presunción de conocimiento de todo lo que vaya aconteciendo en el proceso, por el solo efecto de la notificación inicial, sino en una consideración de política procesal: es suficiente para la finalidad del proceso, "*instaurar una vez por todas el contradictorio y la audiencia bilateral con el emplazamiento,*

creándose así en la conducta de los litigantes una situación jurídica, general y permanente, que no es otra cosa que la posibilidad real de esas conductas en la misma relación jurídica procesal en su evolución hacia la definitiva composición judicial del litigio". Quedan así los litigantes y sus apoderados constreñidos a estar vigilantes de todo cuanto acontezca en el proceso, es decir, nace la carga de revisar el expediente periódicamente a fin de poder actuar oportunamente. (En contra SCon 13-8-01, dec. Nº 1.498)

No se trata, por tanto, de que se presuman conocidas todas las actuaciones, sino que con la citación las partes quedan en la situación procesal de integración a un todo institucional, que determina sucesivas cargas de actuación cuyo incumplimiento podrá ocasionar el menoscabo de los derechos e incluso su pérdida.

Esta peculiar situación procesal, delimita un modo en el ejercicio de la abogacía venezolana, con una rutina de visitas a los tribunales y revisión de los expedientes que dificulta la actividad aislada del profesional y favorece, más bien, el ejercicio corporativo, con ayudantes, pasantes, o profesionales jóvenes asociados, que se encargan de la tarea de vigilar los expedientes.

Excepciones al principio de que las partes están a derecho

En algunas ocasiones la ley exige notificaciones especiales, tal es el caso de las citaciones para posiciones juradas, o para el juramente decisorio. En el primer caso, con la citación de la parte contraria queda también emplazado el solicitante inicial para absolver posiciones recíprocas, y de no comparecer la oportunidad fijada por el tribunal, le serán estampadas, es decir, se considerará confeso en cuanto a las afirmaciones que realice el contrario en el acto.

Asimismo, la sentencia pronunciada fuera del lapso establecido por la ley debe ser notificada a todas las partes, sin lo cual no comienza a transcurrir el lapso para el ejercicio de los recursos. En otras palabras, la sentencia extemporánea no alcanza fuerza de cosa juzgada hasta tanto

sea notificada, y transcurra el plazo para recurrir. Algo similar sucede con las sentencias interlocutorias extemporáneas: no podrá continuar el proceso, hasta tanto no se realice la notificación, con la advertencia de que en ambos casos puede darse la notificación tácita, si la parte o un apoderado con facultades para darse por citado actúa en el expediente.

Esta situación jurídica cesa momentáneamente cuando por la no realización oportuna de alguna actuación, o por algún otro evento como sería la muerte o pérdida de personería de una de las partes se paraliza o suspende el curso de la causa. Así lo establece el ya comentado artículo 14 del Código de Procedimiento Civil:

"El juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal. Cuando esté paralizada, el juez debe fijar un término para su reanudación que no podrá ser menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados."

Esta última norma debe entenderse en concordancia con el artículo 10: "*cuando en este Código o en las leyes especiales no se fije término para librar alguna providencia, el juez deberá hacerlo dentro de los tres días siguientes a aquél en que se haya hecho la solicitud correspondiente*". Si transcurre un plazo legalmente fijado para la actuación, o de no existir éste, concluyen los tres días para realizar el acto, se suspende el curso de la causa y no se reanuda hasta que se notifique y opere la continuación.

En efecto, de no librarse una providencia o decisión de manera oportuna, quedará suspendido el proceso y para su reanudación será necesaria la notificación a las partes.

El abocamiento de un nuevo juez al conocimiento de la causa, una vez vencido el lapso para sentenciar, debe ser notificado a las partes antes del pronunciamiento del acto, a fin de permitir ejercer el derecho a recusar, que es garantía del derecho al juez natural.

Jurisprudencia

SCon 10-8-06, dec. Nº 1609:

"Ahora bien, es preciso examinar si la Corte Segunda de lo Contencioso Administrativo debió notificar a las partes del inicio de la relación de la causa, para luego determinar si con tal abstención resultaron vulnerados los derechos constitucionales de los solicitantes. Al respecto, el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil consagra el principio general del derecho procesal venezolano, conforme al cual, las partes están a derecho y, en tal sentido dispone:

"Hecha la citación para la contestación de la demanda las partes quedan a derecho, y no habrá necesidad de nueva citación para ningún otro acto del juicio, a menos que resulte lo contrario de alguna disposición especial de la Ley."

Acerca del alcance de este principio, así como sus excepciones y la consecuente obligación de notificar a las partes, esta Sala en sentencia N° 3325 del 2 de diciembre de 2003 (caso: Fondo de Comercio California), ratificando el criterio fijado en el fallo N° 431 del 19 de mayo de 2000 (caso: Proyectos Inverdoco, C.A.), precisó:

"(...) 'la estadía a derecho de las partes, consagrada en el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil, es un principio que rige el derecho procesal venezolano en general. El mismo se formula, en que practicada la citación para la contestación de la demanda, o citación inicial, en otros procesos diferentes al juicio ordinario civil, no habrá necesidad de nueva citación a las partes para ningún otro acto del juicio, a menos que resulte lo contrario de alguna disposición especial de la ley, como ocurre –por ejemplo– en materia de posiciones juradas o de juramento decisorio (artículos 416 y 423 del Código de Procedimiento Civil).

Consecuencia del principio es, que después de la citación inicial, salvo las excepciones, no es necesario citar a las partes para que concurran a ciertos actos, trasladarles copias de las actuaciones para que las conozcan, ni hacerles saber la ocurrencia de actuaciones procesales del tribunal o de las partes. Debido al principio de que las partes están a derecho, las citaciones (órdenes de comparecencia) y las notificaciones (comunicación de noticia sobre la causa), se hacen innecesarias.

Entre las excepciones al principio, en materia de notificaciones, se encuentran al menos dos: una es de creación jurisprudencial y es producto del respeto al derecho de defensa de las partes; y la otra, responde a la ruptura a la estadía a derecho, y consiste en hacer saber a las partes la reanudación del juicio.

La primera tiene lugar cuando un nuevo Juez se aboca al conocimiento de la causa. La jurisprudencia emanada de la Casación Civil, consideró que para evitar sorpresas a las partes, el nuevo Juez debía notificarlos que iba a conocer, independientemente que el proceso se encontrara o no paralizado. Esta notificación garantizaba a las partes, el poder recusar al Juez, o el solicitar que se constituyera el tribunal con asociados, preservándosele así ambos derechos a los litigantes.

La falta de tal notificación, ha sido considerada como una transgresión al debido proceso, y por lo tanto ha originado acciones de amparo; y la jurisprudencia, incluyendo la de esta Sala (en el caso: Petra Lorenzo), ha sido, que el que incoa el amparo

por esta causa, debe fundarlo en que efectivamente iba a recusar al Juez (señalando la causal), o que iba a pedir la constitución de asociados, evitándose así reposiciones inútiles como efecto del amparo declarado con lugar.
(...)
La segunda notificación obligatoria, tiene lugar cuando la causa se encuentra paralizada, y por lo tanto la estadía a derecho de las partes quedó rota por la inactividad de todos los sujetos procesales. La paralización ocurre cuando el ritmo automático del proceso se detiene al no cumplirse en las oportunidades procesales las actividades que debían realizarse bien por las partes o por el tribunal, quedando la causa en un marasmo, ya que la siguiente actuación se hace indefinida en el tiempo. Entonces, hay que reconstituir a derecho a las partes, para que el proceso continúe a partir de lo que fue la última actuación cumplida por las partes o por el tribunal, y tal reconstitución a derecho se logra mediante la notificación prevenida en el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil si la causa aún no ha sido sentenciada en la instancia, o por el artículo 251 eiusdem, si es que se sentenció fuera del lapso. Tal notificación se hará siguiendo lo pautado en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil" (Sentencia n° 431 de esta Sala, del 19 de mayo de 2000, caso: Proyectos Inverdoco, C.A.)'(...)" (Subrayado de la Sala).

Por otra parte, en sentencia Nº 956 del 1 de junio de 2001 (caso: Fran Valero González y Milena Portillo Manosalva de González), la Sala se pronunció en torno al supuesto de paralización de una causa, en los siguientes términos:

"(...) Las causas en suspenso no se desvinculan del íter procesal. El juicio se detiene y continúa automáticamente en el estado en que se encontraba cuando se detuvo, sin necesidad de notificar a nadie, ya que la estadía a derecho de las partes no se ha roto. El artículo 202 del Código de Procedimiento Civil, marca los principios al respecto, mientras que el 14 eiusdem, establece que las suspensiones tienen lugar por motivos, pautados en la ley, tal como lo hacen –por ejemplo– los artículos 202, 354, 367, 387, 756 y 758 del Código de Procedimiento Civil.

Para que exista paralización, es necesario que ni las partes ni el Tribunal actúen en las oportunidades señaladas en la ley para ello, por lo que esta inactividad de los sujetos procesales, rompe la estadía a derecho de las partes, las desvincula, y por ello si el proceso se va a reanudar, y recomienza en el siguiente estadio procesal a aquél donde ocurrió la inactividad colectiva, habrá que notificar a los litigantes de tal reanudación, habrá que reconstituir a derecho a las partes, tal como lo previó el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil.

Ese es el criterio que gobierna al artículo 257 eiusdem. Las partes se encuentran a derecho mientras en el proceso corren los plazos para sentenciar, pero transcurridos estos términos sin fallo alguno, ellas dejan de estar a derecho, por lo que deberán ser notificados, a fin que corran los lapsos para interponer los recursos contra la sentencia dictada extemporáneamente. Tal notificación se ordena de oficio, debido al carácter de director del proceso que tiene el Juez, ya que es a él a quien es atribuible la dilación."

SCon 1-6-04, dec. Nº 1053:

"Al respecto, se observa que el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil, establece el principio de citación única, por el cual las partes quedan a derecho luego de practicada la citación para la contestación de la demanda, de forma tal que, no sería necesaria la práctica de otra nueva citación para ningún otro acto del juicio. Sin embargo, la referida norma dispone una excepción a la regla antes aludida, que consiste en que únicamente deberá practicarse una nueva citación cuando lo establezca expresamente la Ley, lo que evidencia la clara intención del legislador en no dejar a discreción del Juez dicha determinación.

En efecto, los únicos casos donde el Juez debe practicar una nueva citación o notificación para la realización de actos dentro del proceso son los expresamente establecidos por la ley, concretamente cuando se origina la ruptura del principio general según el cual las partes están a derecho debido a la paralización de la causa, motivo por el que se requiere, en estos casos, una nueva notificación para su continuación con el propósito de que, una vez efectuada la misma, y de ser el caso tenga lugar la iniciación del lapso para la interposición de los recursos pertinentes, en resguardo del derecho a la defensa en el proceso. Ello ocurrió en el caso bajo análisis, cuando se abocó un nuevo Juez al conocimiento de la causa ya iniciada para dictar sentencia, y cuando se dictó el fallo objeto de amparo fuera del lapso de diferimiento."

SCon 5-9-01, dec. Nº 1.682:

"Observa esta Sala que el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil establece el principio de la citación única, por el cual las partes quedan a derecho luego de practicada la citación para la contestación de la demanda no siendo necesario practicar ninguna otra nueva citación, para ningún otro nuevo acto del juicio. No obstante, el referido artículo 26 establece una excepción a la regla antes mencionada, que consiste en que únicamente deberá practicarse una nueva citación cuando lo establezca expresamente la Ley.

Es clara la intención del legislador en no dejar a discreción del Juez la necesidad de practicar una nueva citación para la realización de un acto dentro del proceso. El artículo 233 del mismo texto ratifica la intención ya mencionada del legislador al establecer:

"Artículo 233: Cuando por disposición de la ley sea necesaria la notificación de las partes para la continuación del juicio, o para la realización de algún acto del proceso, la notificación puede verificarse por medio de la imprenta, con la publicación de un Cartel en un diario de los de mayor circulación en la localidad, el cual indicará expresamente el Juez, dándose un término que no bajará de diez días.

También podrá verificarse por medio de boleta remitida por correo certificado con aviso de recibo, al domicilio constituido por la parte que haya de ser notificada, conforme al artículo 174 de este Código, o por medio de boleta librada por el Juez y dejada por el Alguacil en el citado domicilio. De las actuaciones practicadas conforme a lo dispuesto en este artículo dejará expresa constancia en el expediente el Secretario del Tribunal" (Subrayado de la Sala).

Es claro, entonces, que los únicos casos donde el Juez debe practicar una nueva citación o notificación para la realización de actos dentro del proceso son los expresamente establecidos por la ley. Es así como en el caso bajo análisis nos encontramos con uno de esos casos excepcionales al establecer el artículo 14 del Código Procesal Civil, lo siguiente:

"Artículo 14: El Juez es el director del proceso y debe impulsarlo de oficio hasta su conclusión a menos que la causa esté en suspenso por algún motivo legal. Cuando esté paralizada, el Juez debe fijar un término para su reanudación que no podrá ser menor de diez días después de notificadas las partes o sus apoderados" (Subrayado de la Sala).

Visto lo anterior, la falta de notificación de las partes por el Juez provisorio de su abocamiento al conocimiento de la causa, podría constituir una violación del derecho a la defensa contemplado en el artículo 49, numeral 1 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela."

SCC 7-3-02, dec. Nº 131:

"En tal sentido, esta Sala considera apropiado señalar que la notificación del avocamiento no es necesaria si la incorporación del nuevo Juez ocurre antes de vencerse el lapso natural de sentencia y su única prórroga, pues en este caso tiene plena vigencia el principio de que las partes se encuentran a derecho, consagrado en el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil, y por ello se presume, antes que la causa quede en suspenso y se desactive este principio, que los litigantes están enterados de lo que acontece en los autos.

No obstante, sí el avocamiento del nuevo Juez que se incorpora a la causa ocurre una vez vencido el lapso natural de sentencia y su prórroga (de ser el caso), éste debe notificar a las partes de su avocamiento, porque de no hacerlo éstas podrían sufrir indefensión, pues se les estaría privando de un medio procesal –la recusación– que el legislador ha puesto a su alcance para el resguardo de sus derechos, por lo que de concretarse la indefensión, la denuncia deberá formularse al amparo del ordinal 1° del artículo 313 del Código de Procedimiento Civil, acusando la omisión de una forma sustancial de los actos –la notificación de las partes– que menoscabó el derecho de defensa del recurrente, acompañada con la delación del artículos 15 eiusdem, y de los artículos 90 y 251 ibidem, que establecen, respectivamente, la forma procesal preterida (la notificación de las partes) y el medio procesal que la omisión del Juez le priva al recurrente (la recusación)."

SCon 13-8-01, dec. Nº 1.498:

"Esta Sala observa que, a diferencia de lo establecido por el mencionado Juzgado de Primera Instancia en el precitado fallo, no era necesaria la citación personal de la parte demandada, ya que según lo establecido por el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil las partes se encuentran a derecho desde el momento en que es practicada la citación para la contestación de la demanda, la cual trae como resultado la presunción legal de que los litigantes conocen todo lo que acaece en el proceso, sin necesidad que el Juez, los notifique; por tanto, la parte tiene la carga, sin necesidad de ulterior notificación, de realizar el impulso procesal que estime conveniente para su pretensión.

El mismo artículo 26 del Código de Procedimiento Civil contempla la posibilidad de que aún encontrándose las partes a derecho se deba practicar una nueva citación, siempre que así lo establezca expresamente la ley. Es clara la intención del legislador en restringir las causas por las cuales se puede paralizar el proceso dejando ver que sólo por los motivos expresamente contemplados en la ley se podrá suspender o paralizar el mismo. Es el caso que el artículo 448 del Código de Procedimiento Civil, en su último aparte, no contempla la necesidad de citar personalmente a la parte referida en el comentado artículo y sólo se refiere a su comparecencia para escribir y firmar lo que el Juez le dicte."

SCC 20-7-05, dec. 474:

"En relación al abocamiento del nuevo Juez que conoce del asunto, esta Sala en sentencia Nº 732 del 1º de diciembre de 2003, caso Marcos Ortíz Cordero contra Luis Marturet, expediente Nº 2001-000643, señaló:

"…La Sala a través de su extensa y consolidada doctrina, ha mantenido el criterio, sustentado en el mandato contenido en los artículos 14 y 233 del Código de Procedimiento Civil, de la necesaria notificación que debe hacerse a las partes, cuando suceda el abocamiento de un nuevo Juez o Jueza al conocimiento de la causa, siempre que ella se encuentre paralizada o suspendida, vale decir que los litigantes no están a derecho; el sustrato de este mandato, viene dado por la obligación de los jueces de mantener a las partes en igualdad de condiciones, así como también, en el caso de que un Juez o Jueza distinto al que ha venido conociendo, deba dictar la sentencia, habiéndose vencido el lapso legal establecido para ello. Con esta previsión se le garantiza a los justiciables el ejercicio de su derecho a recusar al nuevo Juez o Jueza, cuando existan razones para ello; a tal efecto se otorgan tres días subsiguientes a la aceptación de aquél, conforme lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley Adjetiva Civil..". (Subrayado de la Sala)

En relación a la violación del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, esta Sala, en sentencia N° 131, de fecha 7 de marzo de 2002, juicio Jorge Pabón contra Almacenadora Caracas, C.A., expediente N° 2001-000092, estableció:

"...Mediante fallo N° 97, de 27 de abril de 2001, caso Luis Enrique García Lanz y otros contra la sociedad mercantil Inversiones García Lanz C.A., expresó el siguiente criterio, que hoy se reitera:

la Ley Orgánica del Poder Judicial, prevé en sus artículos 45, 54 y 56, la forma como deben llenarse las faltas temporales y accidentales de los jueces estableciendo la convocatoria de los suplentes o los conjueces, según el caso; debiendo existir constancia de haberse practicado la misma, así como de la debida aceptación de parte del llamado, en este momento podrá el Juez accidental o temporal reputarse Juez natural en el juicio de que se trate.

Es de impretermitible observancia, que cuando un Juez distinto al que venía conociendo el mérito hasta el acto de informes, sea el encargado de dictar la decisión sobre el asunto; tal avocamiento conste en autos, pues el mundo para las partes como para el Juez lo constituyen las actas que integran el expediente y lo que está fuera de él, es como si no existiera…

El incumplimiento de esa formalidad acarrea que las partes, al no enterarse del cambio del funcionario, se vean impedidas de proponer contra él la recusación, si hubiese lugar a ello. Lo aquí expuesto lleva a la lógica conclusión, de que al no constar en autos el abocamiento de un nuevo Juez del conocimiento, priva a las partes del ejercicio de su derecho

De acuerdo con la doctrina antes señalada, es menester que el nuevo Juez que se incorpore al proceso dicte expresamente un auto de avocamiento (Sic), y si fuera el caso, deberá notificar a las partes del mismo con la finalidad de que éstas puedan controlar su capacidad subjetiva a través del mecanismo de la recusación.

En tal sentido, ***esta Sala considera apropiado señalar que la notificación del avocamiento (Sic) no es necesaria si la incorporación del nuevo Juez ocurre antes de vencerse el lapso natural de sentencia y su única prórroga, pues en este caso tiene plena vigencia el principio de que las partes se encuentran a derecho, consagrado en el artículo 26 del Código de Procedimiento Civil, y por ello se presume, antes que la causa quede en suspenso y se desactive este principio, que los litigantes están enterados de lo que acontece en los autos****.*

(…Omissis…)

Adicionalmente, esta Sala amplia la citada doctrina en los términos que a continuación se explanarán, la cual será aplicable en los recursos admitidos a partir del día siguiente a la publicación de este fallo:

• ***Para que prospere la denuncia de indefensión ante esta Sala el formalizante deberá****:*

a) Indicar la causal de recusación que no pudo proponer contra el Juez, bien por falta de avocamiento (sic) expreso, o por no haberse notificado a las partes de dicho avocamiento (sic).

b) Que las partes no hayan consentido tácitamente la falta de avocamiento (sic) o la ausencia de notificación del avocamiento (sic), es decir, el recurrente en la primera oportunidad en que se hizo presente en autos debe haber denunciado la anomalía...".
(Negritas y subrayado de la Sala).

En la presente denuncia el recurrente plantea la infracción por parte del Juez Superior de los artículos 14, 15, 90, 206, 208 y 233 del Código de Procedimiento Civil, dado que según el formalizante, el ad quem no ordenó la reposición de la causa al estado de notificar a las partes del abocamiento del Juez temporal en primera instancia, violando de esta manera el derecho que tienen las partes de ejercer los recursos pertinentes que la ley prevé contra el acto de abocamiento.

En este sentido, del estudio de las actas que integran el expediente la Sala observa que al folio 289 pieza 7, consta auto de fecha 2 de agosto de 2004, mediante el cual el Juez Luís Enrique Ruiz Reyes se abocó al conocimiento de la causa de conformidad con lo previsto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, al folio 290 pieza 7 corre inserto auto suscrito por el mismo Juez temporal, de fecha 9 de agosto de 2004, el cual indica que siendo el día señalado para dictar sentencia se difiere dicho acto para el trigésimo (30) día siguiente, por lo que claramente se constata que el Juez se abocó al conocimiento de la causa y aun no había vencido el lapso para dictar sentencia,

por tanto, en aplicación a la jurisprudencia anteriormente trascrita las partes se encontraban a derecho y no era necesario la notificación a las mismas del abocamiento del Juez, así pues, el juzgador de alzada no incurrió en la infracción de los artículos delatados por el recurrente.

La doctrina invocada supra, estableció claramente cuando debe proceder el Juez o Jueza a notificar a las partes, en los casos de abocamiento y de conformidad con la preceptiva legal contenida en el artículo 90 de la Ley Adjetiva Civil, otorgar el lapso de tres (3) días para que los litigantes tengan la oportunidad de ejercer contra ellos la recusación, garantizando de esta manera el derecho a la defensa, requisito que de omitirse, daría lugar a que prosperara la reposición de la causa. Ahora bien, expresa la doctrina citada que para que ello se haga necesario debe encontrarse la causa paralizada, en razón de que en tales situaciones las partes no se encuentran a derecho y de manera novedosa, consagra que a fin de que la reposición proceda, se hará necesario que el interesado exprese el motivo que lo induciría a recusar al Juez; de no ser así, ni esta Máxima Jurisdicción, o en su caso el ad-quem, deberá declarar improcedente la reposición solicitada, no obstante en el caso sub iudice las partes se encontraban a derecho pues el Juez se abocó al conocimiento de la causa sin haber vencido el lapso para dictar sentencia, además de ello el recurrente no expresó el motivo de recusación del Juez, por tanto es improcedente la reposición solicitada."

Artículo 27

Sin perjuicio de las nulidades a que hubiere lugar, la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Superiores impondrán de oficio, como penas disciplinarias, y por lo que resulte demostrado en el proceso, apercibimiento y aun multas que no excedan de cinco mil bolívares a los funcionarios que hayan intervenido en aquél, por las faltas materiales que aparezcan, tales como omisión de firmas, de notas, de salvaturas y otras de la misma especie. Podrán también por lo que resulte del proceso, pero sólo a solicitud de la parte perjudicada, imponer a dichos funcionarios multas disciplinarias hasta de ocho mil bolívares por aquellas faltas que hayan tenido como consecuencia aumentar los gastos a la parte o causar demoras en el asunto, y las impondrán también en los casos en que la ley lo ordene.

En cualquier otro caso de falta que acarree responsabilidad civil, o en el cual la ley reserva a la parte el recurso de queja, se abstendrán de toda condenación al infractor, quedando a salvo la acción de los interesados.

Lo dispuesto en este artículo no impide que el Juez que sustancie la causa haga subsanar las faltas materiales que notare y que use de la facultad legal de apremiar con multas a testigos, peritos u otras personas.

Potestad sancionatoria de los tribunales de superior grado

No existe entre los jueces superiores y los de menor grado una relación jerárquica como la presente en la rama administrativa del poder público; por el contrario, el ejercicio de la función jurisdiccional exige la independencia de los jueces. Estos no están sometidos a las instrucciones u órdenes de los superiores, ni a control administrativo de sus decisiones, de las cuales conocerá el juez de mayor jerarquía sólo mediante la interposición del apropiado recurso.

Sin embargo, dentro de los límites de esta disposición y de otras similares, sí tienen los tribunales de superior grado una potestad sancionatoria de definidas faltas cometidas en el ejercicio de sus funciones, y en ello se centra el carácter de disposición fundamental de la norma comentada. Así por ejemplo, conforme al artículo 314 del Código de Procedimiento Civil, toda intervención del Tribunal que dictó la sentencia contra la cual se recurre para frustrar u obstaculizar el anuncio del recurso de casación, será sancionada por el Tribunal Supremo de Justicia con multa hasta de veinte mil bolívares, sin perjuicio de que declare admitido el recurso posteriormente y se proceda a su tramitación.

Son también ejemplos de potestad disciplinaria específica los siguientes disposiciones del mismo Código: artículo 76, multa al juez por la omisión o retardo en el envío al tribunal que deba decidir la regulación de jurisdicción o competencia; artículo 84, multa al juez por no haber advertido la existencia de un motivo de recusación; artículo 109, multa al Secretario por enmendaduras no salvadas; artículo 209, apercibimiento y multa en caso de reincidencia, al juez de primera instancia por vicios de la sentencia; artículo 308, multa al juez que no remita oportunamente las copias al Superior para la decisión del recurso de hecho; artículo 314, la ya referida multa al juez por obstaculización del anuncio del recurso de casación; artículo 315, multa al juez por omisión de pronunciamiento sobre la admisibilidad de la casación; artículo 323, multa al juez de reenvío por fallar contra lo decidido por el Tribunal Supremo de Justicia en anterior recurso de casación; y artículo 399, multa al juez por no providenciar en término los escritos de prueba.

SÓLO FUERA DE LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL JUEZ

Si la falta observada por el Superior es de una índole tal que tenga como resultado el deber del funcionario de reparar los daños patrimoniales y morales sufridos, o si específicamente el defecto está tipificado como causa del juicio de queja, no se podrá condenar a la multa, pues será necesaria la acción del perjudicado para hacer efectiva dicha responsabilidad mediante el procedimiento especial de queja.

Orden de subsanar y apremio a testigos y peritos

Si el Secretario no cumple con la función de cuidar que no haya errores materiales o enmendaduras en las actuaciones, el juez que esté conociendo, incluso quien revisa en grado la causa, podrá ordenar se subsanen esas faltas.

Por otra parte, tienen los jueces potestad legal para apremiar con multas, convertibles en arresto proporcional, a los testigos contumaces para que comparezcan a rendir declaración (art. 494); y conforme al artículo 683 *eiusdem*, podrán hacer lo mismo con los expertos que no presenten oportunamente su informe.

Jurisprudencia

SCon 28-10-02, dec. Nº 2676:

*"Por un lado, la Sala observa que la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo se pronunció expresamente en relación con la denuncia de los accionantes contra el auto dictado el 24 de septiembre de 1999, referido **ut supra**. En tal sentido, consideró que dicho auto no configuraba violación alguna a sus derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso, puesto que el requisito de asiento de la nota del Secretario es imprescindible a propósito de determinar la fecha a partir de la cual se precisa que el ejercicio del recurso de apelación sea tempestivo, a tenor del artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, y que el Juez siempre cuenta con la posibilidad de corregir sus errores materiales, a tenor del artículo 27 del Código de Procedimiento Civil.*

*Con respecto a esta afirmación, la Sala confirma lo resuelto por la Corte **a quo**. Considera este alto Tribunal que no se verificó, **per se**, violación alguna a los derechos constitucionales a la defensa y al debido proceso de los solicitantes, puesto que la reapertura del lapso obedece, al fin y al cabo, al reconocimiento del incumplimiento de una formalidad que, de conformidad con la norma contenida en el precitado artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, y como ya se ha afirmado, es de imprescindible cumplimiento. Reconoce, no obstante, la Sala, que podría haber quien discutiera que ello correspondería al cumplimiento de un formalismo o rigor excesivo, pero no escapa a esta Sala que, en todo caso, ello obedeció a una apreciación personal del Juez, quien consideró que, en atención al error material en que incurrió el Secretario del tribunal, lo más adecuado y ajustado a derecho era, precisamente, subsanar el error y permitir que el lapso comenzara a correr en estricto rigor a lo establecido en el instrumento adjetivo mencionado."*

SCon 03-10-02, dec. Nº 2361:

"El sistema jurídico venezolano se han previsto tradicionalmente, como medidas coercitivas para imponer la voluntad de la ley, las multas y los apremios. La multa entendida como "pena pecuniaria que se impone por una omisión, exceso o delito, o por

contravenir a lo pactado" y el apremio como "acción y efecto de apremiar; compeler u obligar a alguien para que haga una cosa" (COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario Jurídico*. Buenos Aires. Ed. Depalma. 1976. p. 415 y 103). *También se utiliza el arresto.*

El Código de Procedimiento Civil de 1916, ad exemplum, en el artículo 293 establecía que si el Juez no providenciaba los escritos de prueba dentro de los términos señalados en el artículo 292, incurría en una multa disciplinaria de cien a mil bolívares, que le imponía el Superior, y que si no había discusión entre las partes sobre la admisión, éstas tenían derecho a que se procediera a la evacuación de las pruebas, aun sin providencia de admisión. Ahora bien, si efectivamente había oposición sobre la admisión de alguna prueba, conforme a la letra de la mencionada norma derogada, no se podía proceder a la evacuación de las pruebas sin la correspondiente providencia de admisión, por lo que el Juez incurría en una multa igual a la mencionada por cada día que retardara providenciarla.

Como se observa, en el primer supuesto, el Juez omitía un deber procesal y se le sancionaba con una multa disciplinaria; quedando en ese nivel la coerción ejercida en tanto el precepto en cuestión permitía proceder a la evacuación de las pruebas sin la providencia respectiva. Por el contrario, en el segundo supuesto, si bien el Juez también ha omitido la providencia de admisión de las pruebas, al haber adicionalmente oposición sobre alguna de las pruebas, la emisión de tal providencia se hacía impretermitible, y la ley sancionaba con apremio al Juez mientras no cumplía con dicho deber procesal, pues se tasaba una coacción pecuniaria por cada día de retraso.

Asimismo, el Código de Procedimiento Civil de 1916 preveía multa para los individuos cuyo testimonio se necesitare en el proceso y fueren contumaces, la cual no podía exceder de cincuenta bolívares (art. 359) y para los expertos que dejaren de cumplir su encargo sin causa legítima una multa de cincuenta a ciento veinticinco bolívares, independientemente de los perjuicios que causaren (art. 336), mientras que establecía apremio para los peritos en el juicio de cuentas (art. 664) y para el partidor en los procedimientos relativos a sucesiones (art. 589), cuando no llenaren sus respectivos encargos en el término prefijado, sancionándolos con multas que principiaban por diez bolívares y que continuaban duplicándose diariamente, y cuyo importe se descontaba de lo que debía abonárseles por su trabajo.

Actualmente, en las normas correspondientes del Código de Procedimiento Civil vigente, se establece para los contumaces una multa que no exceda de mil bolívares o –he aquí la novedad– arresto proporcional (art. 494) y para los expertos una multa de quinientos a dos mil bolívares según la gravedad de la falta (art. 469). En cuanto al apremio, se establece en quinientos bolívares diarios y ya no se duplica diariamente (arts. 683 y 782)

De manera más contundente, la potestad conminatoria del Juez en Venezuela deriva de la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 26 de la Constitución de 1999 y es congruente con las normas que otorgan a los órganos del Poder Judicial el deber de ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias (art. 253 eiusdem), autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales (art. 21 del Código de Procedimiento Civil), valiéndose de todos los medios legales coercitivos de que dispongan (art. 11 de la Ley Orgánica de Poder Judicial).

Una de las manifestaciones legales de la potestad conminatoria del Juez son los apremios, los cuales han sido previstos bajo la forma de norma genérica en el artículo 27 del Código de Procedimiento Civil, como medidas coercitivas para que peritos, testigos u otras personas cumplan con los deberes que les nacen por motivo del proceso. Tales apremios están destinados a que se cumpla con la orden judicial, y son independientes de la responsabilidad civil en la que puede incurrir el infractor, como bien lo señala la norma.

Las "otras personas", a que se refiere el último aparte del artículo 27 citado, son aquellas que con motivo del proceso deben cumplir alguna orden diferente a la de testimoniar o presentar un peritaje. Dentro de este orden de ideas, el Juez puede apremiar a quien incumple, sobre todo por las demoras injustificadas, sin que la última parte del artículo 27, al referirse a las personas, distinga si son partes, funcionarios, auxiliares de justicia, etc.

Los apremios son formas de coaccionar a quien debe una conducta, coacción que es típica del deber procesal (multas, arrestos, etc.), y no es posible utilizarlos si lo que se exige a la persona es una obligación. Sin embargo, cuando el obligado incumple el deber de lealtad y probidad (artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil) que le impone la ley –esto en cuanto al cumplimiento del deber– puede ser apremiado a fin que actúe leal y probamente, y este puede ser el caso, cuando el obligado, obrando fraudulentamente o con abuso de derecho no cumple sus obligaciones. El incumplimiento en estos casos involucra una deslealtad.

Tal deslealtad es imposible que produzca efectos dentro de un Estado Social de Derecho. En un Estado Social de Derecho y de Justicia, la protección de los derechos sociales tiene primacía constitucional, y no puede ser que el fraude o el abuso de derecho del obligado los disminuya, como ocurre cuando se detiene la tutela efectiva que deben prestar los órganos de la administración de justicia con sus fallos, y debido al manejo de privilegios no puede ejecutarse expeditamente, a pesar que dentro de los canales normales, lo dispuesto en la sentencia debía haberse cumplido.

Ante hipótesis como éstas, los valores del ordenamiento jurídico (artículo 2 de la Constitución), deben imponerse, y el Juez tiene que arbitrar las fórmulas para ello acudiendo a instituciones jurídicas existentes, como las del artículo 27 del Código de Procedimiento Civil.

Dicha norma señala que los apremios se ejecutan mediante multas, pena que debe estar impuesta en la ley.

Pero las multas en los apremios pueden ser de dos naturalezas distintas, una netamente disciplinaria y otra cuyo fin es lograr coercitivamente el cumplimiento, más que penalizar.

En estos últimos supuestos, como no se está penalizando, sino impulsando el cumplimiento, el astreinte diario debe ser calculado por el Juez, en base a los montos de los otros apremios que contempla la ley, a menos que esté señalado expresamente el monto.

Dentro de esos parámetros, el apremio no puede exceder de quinientos bolívares diarios (Bs. 500,00) que debe pagarlos al Fisco Nacional individualmente quien incumpla la orden.

Con base en lo anterior, esta Sala considera que, si del caso bajo análisis consta la resistencia abusiva de la persona privada o pública, en este caso el Municipio, en cumplir la decisión del juzgador, éste, basado en el principio de la tutela judicial efectiva, debe ejercer los poderes de constreñimiento, no sólo los conferidos por la ley sino también los derivados directamente del mencionado principio, en lo específico los poderes conminatorios o astricciones, como natural consecuencia del elemento executio, parte integrante de la actividad jurisdiccional, y en forma autónoma respecto de las consecuencias de orden delictual previstas por ejemplo en el artículo 485 del Código Penal, referido a la desobediencia a la autoridad como falta contra el orden público, y así se declara.
En cuanto a su régimen jurídico, y haciendo recepción de lo que ha sido la experiencia mas saludable en el derecho comparado sobre esta materia (CATALÁ COMAS, Chantal. *Ejecución de Condenas de Hacer y no Hacer*. Barcelona. Ed. Bosch. 1998. p. 134-138)*, esta Sala establece en términos generales lo siguiente:*
a) las astricciones pueden acordarse para asegurar la ejecución de las decisiones adoptadas por los mismos jueces o para asegurar la ejecución de la decisión de otro Juez;
b) sus legitimados pasivos pueden ser las partes, en algunos casos los terceros e incluso las personas jurídicas de Derecho Público, mientras que el sujeto beneficiario de las astricciones una vez liquidadas normalmente en el derecho comparado es el ejecutante. No obstante, como las normas jurídicas que regulan el apremio en Venezuela no establecen consideración al respecto, se entiende que por regla general que el producto de las medidas conminatorias, de astricción o de apremio, luego de liquidadas pasaran a formar parte del fisco nacional, tal y como lo ha expresado autorizada doctrina nacional (BORJAS, Arminio. *Comentarios al Código de Procedimiento Civil venezolano*. Caracas. Imprenta Bolívar. 1926. Tomo III. p. 461)*, ya que para que se disponga en contrario debe haber una norma legal que expresamente y de manera excepcional determine, por ejemplo, que de la liquidación de una determinada pena pecuniaria establecida por el órgano jurisdiccional se beneficie el patrimonio de alguna de las partes;*
c) se utilizan fundamentalmente para conseguir el cumplimiento de condenas de hacer y de no hacer, con independencia de que tengan un origen contractual o extracontractual, tengan o no carácter extrapatrimonial;
d) las resoluciones susceptibles de lograr su eficacia por medio de astricciones son todas las resoluciones judiciales, incluso aquellas que ordenan actuaciones procesales;
e) la determinación de su duración es discrecional del Juez, fijándose un plazo desde que la condena se dicta o desde que ésta adquiere firmeza y cesarán cuando la prestación impuesta resulte cumplida o el Juez decida su finalización;
f) su cuantía debe ser proporcionada a la resistencia del sujeto y a su caudal económico y, por no identificarse con una indemnización por daños y perjuicios, no debe ser proporcional al perjuicio que resulte del retraso;
g) el monto es modificable por el Juez, para reducirlo, aumentarlo o suprimirlo, y puede establecerse progresivamente, normalmente a tanto por día de retraso o por otra unidad, señalándose inclusive períodos más onerosos, o mediante una suma exagerada, que es caso normal en la astricción definitiva;

h) el Juez competente es, en principio, el Juez de la ejecución, pudiendo la astricción acordarse de oficio o a instancia de parte y junto con la condena principal o con posterioridad a la misma, siendo el procedimiento de liquidación un incidente contradictorio. Pendiente una apelación, las astricciones quedarán en suspenso.

Tratándose las astricciones de un sistema por el que la tutela judicial efectiva que garantiza la Constitución de 1999 se hace realidad, el cual no está previsto específicamente en la ley, pero que resulta un derivado –a veces necesario– del aseguramiento de la integridad de la Constitución y de la supremacía de los derechos y garantías que ella otorga, mientras la ley no disponga lo contrario, sólo el Juez constitucional puede autorizarlas, fundado en el artículo 27 del Código de Procedimiento Civil, como apremio para que se cumplan las decisiones, como forma diferente y no excluyente a la aplicación de las normas sobre ejecución de sentencia del Código de Procedimiento Civil, pero de manera congruente con las facultades que otorgan al Juez los artículos 253 de la Constitución de 1999, 21 del Código de Procedimiento Civil de 1990 y 11 de la Ley Orgánica de Poder Judicial de 1998, los cuales atribuyen a los órganos del Poder Judicial el deber de ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, autos y decretos dictados en ejercicio de sus atribuciones legales, valiéndose de todos los medios legales coercitivos de que dispongan."

SCon 20-08-02, dec. Nº 2042:

"En relación con la denuncia del forjamiento del auto de admisión del recurso de casación, la Sala de Casación Civil estableció que, efectivamente, se observó una enmendadura hecha de manera inapropiada en la fecha del mismo, pero que dicha conducta sólo acarrea la sanción del artículo 27 del Código de Procedimiento Civil y que, a todo evento, dicha corrección, por inapropiada que resulte, no puede ser alegada por el recurrente en su beneficio para la obtención de un mayor plazo que el que está preceptuado, ya que "...los días de despacho constan del calendario judicial llevado por cada tribunal, el cual es de consulta pública".

Añadió que la parte recurrente no puede subsanar su falta de diligencia escudándose en el alegato del forjamiento, ya que "...lo ocurrido fue un error de cálculo en la fecha de terminación del lapso para el anuncio, que aún de manera irregular, fue corregido posteriormente por el Tribunal de alzada, y ello ha debido ser advertido por la parte para evitar la extemporaneidad del recurso".

SCC 11-10-01, dec. Nº 315:

Debió el jurisdicente, ordenarle a los expertos la consignación del informe con las resultas de la experticia, señalándoles que el derecho al pago de los emolumentos, nace a partir de que éstos presenten el respectivo dictamen, no pudiendo utilizar esto, como causa para no cumplir con su encargo. Tal proceder subvierte el orden procesal establecido para garantizar la evacuación de la prueba de experticia.

El ad quem de la recurrida viola el artículo 208 del Código de Procedimiento Civil, al no detectar la subversión procesal que operó en la evacuación de la prueba de experticia del demandado, y, en consecuencia, no ordenar la nulidad del fallo apelado y la consecuente reposición a la oportunidad de que se evacuara correctamente la precitada probanza.

En este sentido, debió señalar la recurrida que si los expertos no pueden cumplir con sus funciones por una causa no justificada o ilegítima, considerarlo como un caso de falta absoluta y proceder en consecuencia con el artículo 470 eiusdem, con la imposición, a los expertos de la multa a que hace referencia el artículo 469 ibídem.
Violó también la recurrida, el artículo 14 y última parte del 27 del Código de Procedimiento Civil, al no dirigir e impulsar, conforme era su deber, la evacuación de la prueba de experticia promovida por el demandado y no hacer subsanar la falta en que incurrieron los expertos."

SCC 31-7-01, dec. Nº 186:

"En el presente caso, el recurrente en casación consignó el escrito de formalización en fecha 8 de mayo de 2000, es decir, seis (6) días después de haber precluido el lapso de cuarenta (40) días previstos para la formalización de dicho recurso, conforme lo dispone el artículo 317 del Código de Procedimiento Civil.
Al respecto, el formalizante denuncia en escrito de fecha 5 de junio de 2000, el forjamiento del auto de admisión del recurso de casación, respecto de la fecha de terminación del lapso para anunciar dicho recurso. Como lo indicó la Sala, ciertamente el referido auto de admisión contiene una enmendadura mediante la cual se corrigió de forma inapropiada una fecha. Sin embargo, esta conducta irregular sólo acarrea la imposición de la sanción establecida en el artículo 27 del Código de Procedimiento Civil, como se indicó precedentemente.
La enmendadura en la fecha de terminación del lapso para anunciar el recurso de casación, no puede ser alegada por el formalizante en su beneficio, con el fin de obtener un plazo mayor del establecido en la ley para la formalización del recurso, pues los días de despacho constan del calendario judicial llevado por cada tribunal, el cual es de consulta pública."

SPA 12-2-03, dec. 224:

"En primer lugar debe señalarse, que respecto de la potestad disciplinaria en materia judicial, la jurisprudencia ha sido reiterada al establecer que cuando el órgano disciplinario pretende investigar una actuación jurisdiccional presuntamente afectada del vicio de error inexcusable, es decir, de ignorancia o desconocimiento manifiesto del derecho que revela la no idoneidad del Juez para el ejercicio del cargo o incluso un abuso de autoridad, no tiene potestad ese mismo órgano disciplinario para afectar la validez de la actuación judicial presuntamente lesiva, sino que la autoridad disciplinaria sólo debe establecer porqué tal actuación vista de manera aislada y en abstracto atenta contra los principios generales del derecho propios del saber común. (Véase, entre otras, sentencias de la Sala Político-Administrativa de fechas 23 de febrero de 1994, caso: Miguel Hernández Oronoz y del 14 de agosto de 1998, caso María del Carmen La Riva Ron, expediente 14.047)
En efecto, evidencia la Sala que la Comisión cuestionó la actividad de la Juez en la tramitación de los expedientes antes referidos, confundiendo la función represiva de la conducta irregular que constituye la esencia de la función disciplinaria con el control jurisdiccional, que sólo corresponde a los tribunales de Alzada. Sirva mencionar,

respecto a la supuesta omisión de firma, tanto la especial regulación disciplinaria contenida en el artículo 27 del Código de Procedimiento Civil, como el artículo 246 de ese mismo Código que declara la nulidad sólo para la sentencia cuya firma omita el Juez. Este Tribunal constata que la querellada no consideró en absoluto ni la posible aplicabilidad preferente de estas normas ni la gradualidad implícita para el ilícito de omisión de firma cuya gravedad y efectos difiere según la omisión sea a sentencia o a otro acto procesal.

Además, es importante resaltar que en cada caso, la Comisión en el acto impugnado no señaló expresamente de qué forma la actividad de la Juez atentó contra la respetabilidad del Poder Judicial o si causó un daño irreparable a los encausados, ya que estos podían hacer uso de los medios ordinarios de impugnación y control que otorga la Ley, por el contrario lo único que esta Comisión hizo fue ratificar simplemente el informe suscrito por el Inspector General de Tribunales, con motivo de una Inspección Especial realizada por una Inspectora de Tribunales.

Con fundamento en todo lo expuesto, considera esta Sala Accidental que la decisión impugnada, se encuentra viciada en su causa por falso supuesto, ya que los hechos que sirvieron de fundamento a la decisión dictada por la Comisión de Funcionamiento de Reestructuración del Sistema Judicial, no se corresponden con el expediente administrativo, al haberse dado por probados hechos que no fueron demostrados; como también estima esta Sala que se desbordaron los límites para el ejercicio de la potestad disciplinaria, invadiéndose esferas exclusivas del control judicial.

En consecuencia, esta Sala debe declarar procedente el recurso interpuesto, y en consecuencia, la nulidad absoluta de la decisión dictada el 8 de marzo de 2000, por la Comisión de Reestructuración y Funcionamiento del Sistema Judicial, por encontrarse viciada en su causa por falso supuesto de hecho. Así se declara.”

Bibliografía

Abreu y Mejía 2005: Alirio Abreu Burelli y Luis Aquiles Mejía Arnal, *La Casación Civil.* 2ª Ed. Editorial Homero, Caracas, 2005.

Alcalá–Zamora 1974: Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, "Enseñanzas y Sugerencias de Algunos Procesalistas Sudamericanos acerca de la Acción". *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*. Tomo I. UNA. México, 1974

Alsina 1982: Hugo Alsina, *Derecho Procesal Civil y Comercial*. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires, 1982.

Aragoneses 1960: Pedro Aragoneses Alonso, *Proceso y Derecho Procesal.* Aguilar, Madrid, 1960.

Arteaga 1983: Alberto Arteaga Sánchez, Los delitos contra la cosa pública en la Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público. *Ley Orgánica de Salvaguarda del Patrimonio Público.* Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1983.

Atienza 1997: Manuel Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica.* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1997.

Balaguer 1997: María Luisa Balaguer Callejón, *Interpretación de la Constitución y del Ordenamiento Jurídico.* Tecnos. Madrid, 1997.

Barrios 1982: Haydée Barrios de Acosta, La interpretación del contrato por el juez en el Derecho interno y en el Derecho Internacional Privado. *Libro Homenaje a José Melich Orsini*. Vol. I. Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1982.

Benaim 2004: Salvador Benaim, Anatomía del Fraude Procesal en Venezuela. *Temas de Derecho Procesal.* XIX Jornadas Iberoamericanas, V Congreso Venezolano de Derecho Procesal. Invedepro. Caracas, 2004.

Bobbio 1999: Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis. Bogotá, 1999.

Bonnemaison 1999: José Luis Bonnemaison W., *Derecho Internacional Privado.* Vadell Hermanos Editores. Valencia (Venezuela), 1999.

Borjas 1979: Arminio Borjas, *Comentarios al Código de Procedimiento Civil*, Librería Piñango, Caracas, 1979.

Brewer-Carías 1998: Allan R. Brewer-Carías, *Instituciones Políticas y Constitucionales*. Universidad Católica del Táchira - Editorial Jurídica Venezolana. Caracas - San Cristóbal, 1998.

Bustamante 1931: Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, *Derecho Internacional Privado*. Carasa y Cía, La Habana, 1931.

Calamandrei 1945: Piero Calamandrei, *La Casación Civil.* Traducción de Santiago Sentís Melendo. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1945.

Calamandrei 1973: Piero Calamandrei, *Derecho Procesal Civil.* Tomo I, Instituciones de Derecho Procesal Civil. Tr. Ital. Santiago Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1973.

Cappelletti 1972: Mauro Cappelletti, *La oralidad y la pruebas en el proceso civil*. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1972.

Carnelutti 1973: Francesco Carnelutti, *Instituciones del Proceso Civil*, tr. Santiago Sentís Melendo. EJEA, Buenos Aires, 1973.

Carnelutti 1945: Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tr. Niceto Alcalá Zamora y Castillo - Santiago Sentís Melendo. UTEHA, Buenos Aires, 1945.

Carocca 1998: Alex Carocca Pérez, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*. José María Bosch Editor. Barcelona, 1998.

Casas 1967: Absalón D. Casas, Prudencia Politica, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXIII. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1967.

Chiovenda 1954: Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil.* Editorial Revista de Derecho Internacional Privado. Madrid, 1945.

Couture 1979: Eduardo Couture, *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.

Couture 1981: Eduardo J. Couture, *Fundamentos de Derecho Procesal.* Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981.

Cuenca 1976 y 1979: Humberto Cuenca, *Derecho Procesal Civil*, Universidad Central de Venezuela, Ediciones de la Biblioteca. Caracas, 1976 y 1979.

Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte, *Digesto*. Tomo III. Tr. Ildegonso García del Corral. Barcelona, 1897.

De la Oliva 1980: Andrés de la Oliva Santos, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*. Bosch, Casa Editorial, S.A. Barcelona, 1980.

Del Vecchio 1963: Giorgio del Vecchio, *Filosofía del Derecho* Tr. Luis Legaz y Lacambra. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1963.

Devis 1981: Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*. Zabalía Editor, Buenos Aires, 1981.

Devis 1984: Hernando Devis Echandia, *Teoria General Del Proceso*. Ed. Universidad, Buenos Aires, 1984.

Dos Santos 2000: Olga María Dos Santos, *Contratos Internacionales en el Ordenamiento Jurídico Venezolano*. Vadell hermanos–UCV. Caracas, 2000.

Drae 2001: Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*. Editorial Espasa-Calpe. Madrid 2001.

Duque Corredor 2000: Román J. Duque Corredor, *Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario*, Ediciones Fundación Projusticia, Colección Manuales de Derecho. Caracas, 2000.

Escovar León 2000: Ramón Escovar León, *Estudios sobre Casación Civil*. Tribunal Supremo de Justicia, Caracas, 2000.

Etkin 1960: Alberto M. Etkin, Hechos en el Proceso. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo XIII. Driskill S.A. Buenos Aires, 1960.

Fix Zamudio 2003: Héctor Fix Zamudio, Ensayos sobre el Derecho de Amparo. Porrúa-UNAM. México, 1993.

García Amado 1987: Juan Antonio García Amado, Tópica, Derecho y Método Jurídico, *DOXA*. Nº 4 – 1987. Universidad de Alicante, San Vicente del Raspeig (Alicante). Versión digital en http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/12837218 659036051876657/cuaderno4/Doxa4_12.pdf

García Amado 1988: Juan Antonio García Amado, *Teorías de la Tópica Jurídica*. Editorial Civitas. Madrid, 1988.

García Amado 1994: Juan Antonio García Amado, "La filosofía del derecho y sus temas. "Sobre la no necesidad de la «Teoría del Derecho» como suce-

dáneo", *Persona y Derecho*, 31, 1994. En http://www.geocities.com/ jagamado/personay.html

GARCÍA PELAYO 1991: Manuel García Pelayo, *Obras Completas*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

GÓMEZ DE LIAÑO 2000: Fernando Gómez de Liaño González y Agustín Jesús Pérez Cruz Martín, *Derecho Procesal Civil*. Editorial Forum, Oviedo, 2000.

GOZAÍNI 2002: El Debido Proceso Constitucional. Reglas para el Control de los Poderes desde la Magistratura Constitucional. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional.* Número 7 Jul-Dic 2002, consultado en www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/7/ard/ard2.htm#N

GUASCH 1998: Sergi Guasch Fernández, *El Hecho y el Derecho en la Casación Civil*. J.M. Bosch, Barcelona, 1998.

HENRÍQUEZ LA ROCHE 1995. Ricardo Henríquez La Roche, *Código de Procedimiento Civil.* Centro de Estudios Jurídicos del Zulia, Caracas, 1995.

HERNÁNDEZ-BRETÓN 2001ª: Eugenio Hernández-Bretón, Cuestiones de Jurisdicción, Competencia y Litispendencia, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*. Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor. Caracas, 2001.

HERNÁNDEZ-BRETÓN 2001[b]: Eugenio Hernández-Bretón, Algunas Cuestiones de Derecho Procesal Civil en la Ley de Derecho Internacional Privado, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*. Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor. Caracas, 2001.

HERNÁNDEZ-BRETÓN 2001[c]: Eugenio Hernández-Bretón, Nueva Ley Venezolana del Derecho Internacional Privado, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*. Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, editor. Caracas, 2001.

Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, *El Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica*. Montevideo, 1988.

KUMMEROW 1965: Gert Kummerow, *Bienes y Derechos Reales*. Facultad de Derecho, UCV. Caracas, 1965.

LARENZ 1993: Karl Larenz, *Derecho Justo. Fundamentos de Ética Jurídica*. Tr. Luis Díez-Picazo. Editorial Civitas, Madrid, 1993.

LARENZ 1966: Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad.al., Enrique Gimbernat. Ariel, S.A. Barcelona (España), 1966.

Larenz 1994: Karl Larenz, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Trad.al., Marcelino Rodríguez Molinero. Ariel, S.A. Barcelona (España), 1966.

Legaz 1957: Luis Legaz y Lacambra, La influencia de la doctrina de Kelsen en la ciencia jurídica española. *Revista de Estudios Políticos* Nº 96. Nov.-Dic. 1957, consultada en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/2/REP_096_031.pdf

Liebman 1980: Enrico Tullio Liebman, *Manual de Derecho Procesal Civil*, tr. Santiago Sentís Melendo. EJEA. Buenos Aires, 1980.

Loreto 1987: Luis Loreto, *Ensayos Jurídicos*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1987.

Simón 2004: Luis María Simón, Abuso del Proceso, *XIX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*. Invedepro. Caracas, 2004.

Madrid 2002: Claudia C. Madrid M, Las Normas de Derecho Internacional Público y el Derecho Internacional Privado Venezolano, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren* Addendum 2001. Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor. Caracas, 2002

Maekelt 1995: Tatiana B. de Maekelt, *Material de clase para Derecho Internacional Privado*. 3ª edición. Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Caracas, 1995.

Maekelt 2001: Tatiana B. de Maekelt, coordinadora, *Ley de Derecho Internacional Privado, Derogatorias y Concordancias*. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Caracas, 2001.

Maekelt 2001[b]: Tatiana B. de Maekelt, Ley Venezolana del Derecho Internacional Privado, *Libro Homenaje a Gonzalo Parra Aranguren*. Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, editor. Caracas, 2001.

Marcano Rodríguez 1960: Rafael Marcano Rodríguez, *Apuntaciones Analíticas*. 2°edición. Venley. Caracas, 1960.

Márquez 1984: Leopoldo Márquez Añez, Motivos y Efectos del Recurso de Forma en la Casación Civil Venezolana. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984.

Mejía 1992: Luis Aquiles Mejía Arnal, Creación Judicial de Derecho, *Revista de la Fundación Procuraduría General de la República*, año 7 nº 6. Caracas, 1992.

Melich 1987: José Melich Orsini, La Interpretación de los Contratos y su Control por la Casación, *La nueva Casación Civil Venezolana*. Editorial J. Alva. Caracas, 1987.

MELICH 1993: José Melich Orsini, *Doctrina General del Contrato*. 2ª ed. Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1993.

MESSINEO 1979: Francesco Messineo, *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tr. Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1979.

MICHELI 1970: Gian Antonio Micheli, *Curso de Derecho Procesal Civil*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires, 1970.

MONTERO 1988: Juan Montero Aroca, La unidad jurisdiccional. *Trabajos de Derecho Procesal*. Librería Bosch. Barcelona, 1988.

MONTERO ET AL 1991: Juan Montero Aroca, Manuel Ortells Ramos, Juan Luis Gómez Colomer y Alberto Montón Redondo, *Derecho Jurisdiccional*. J.M. Bosch, Barcelona, 1991.

MONTERO 1998: Juan Montero Aroca, *La Prueba en el Proceso Civil*. Civitas, Madrid, 1998.

MONTERO ET AL 2000: Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar, *Derecho Jurisdiccional*. 10ª edición. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

MONTERO ET AL 2001: Juan Montero Aroca, Juan Luis Gómez Colomer, Alberto Montón Redondo y Silvia Barona Vilar, *El Nuevo Proceso Civil*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2001.

MONTERO Y FLORS 2004ª: Juan Montero Aroca y José Flors Matíes, *Tratado del Juicio Verbal*. Thomson-Aranzadi. Cizur, Navarra, 2004.

MONTERO Y FLORS 2004[b]: Juan Montero Aroca y José Flors Matíes, *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*. Tirant Lo Blanch. Valencia, 2004.

ORTIZ-ORTIZ 2001: Rafael Ortiz-Ortiz, *Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa*. Editorial Frónesis. Caracas, 2001.

ORTIZ-ORTIZ 2003: Rafael Ortiz-Ortiz, *Teoría General del Proceso*. Editorial Frónesis, S.A. Caracas, 2003.

PALACIO 1993: Lino Enrique Palacio, *Derecho Procesal Civil*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires 1993.

PATZIG 1976: Gunther Patzig, *Ética sin metafísica*. Tr. Ernesto Garzón Valdés. Editorial Alfa. Buenos Aires, 1976.

Perelman y Olbrechts 1994: Chaim Perelman y Lucie Olbrechts-Tyteca, *Tratado de la Argumentación* (Tr. Julia Sevilla Muñoz). Editorial Gredos. Madrid.

Perez 1981: Víctor Pérez, *La jurisprudencia de Intereses*. Editorial Universidad Estatal a Distancia. San José, Costa Rica.

Pesci-Feltri 2000: Mario Pesci-Feltri Martínez, *Estudios de Derecho Procesal Civil*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2000.

Planiol 1936: Marcelo Planiol y Jorge Ripert, *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Tr. Mario Díaz Cruz. Cultural S.A. La Habana, 1936.

Popper 2006: Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos,* Ediciones Paidós Ibérica, S.A. Barcelona, 2006.

Pugliese 1974: Giovanni Pugliese, Introducción a *Bernhard Windscheid y Theodor Muther, Polémica sobre la actio*. Traducción de diversos trabajos en alemán de Tomás A. Banzahaf, publicado bajo la dirección de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, 1974.

Quintero 2002: Mariolga Quintero Tirado, Del abuso del proceso y de la prioridad de los deberes. *Memorias del Congreso Latinoamericano de Derecho Procesal Mérida 2002.*

Recasens 1973: Recasens Siches, *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*. 2ª edición. Editorial Porrúa. Mexico, 1973.

Recaséns 1959: Luis Recaséns Siches, Equidad, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo X. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1959.

Redenti 1957: Enrico Redenti, *Derecho Procesal Civil.* EJEA. Buenos Aires, 1957.

Reimundin 1956: Ricardo Reimundin, *Derecho Procesal Civil*. Editorial Viracocha. Buenos Aires.

Rengel 1991: Arístides Rengel-Romberg, *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Editorial Arte, Caracas, 1991.

Rivera 2004: Rodrigo Rivera Morales, *Los Recursos Procesales Penales y Civiles.* Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal, 2004.

Rodríguez 1968: José Rodríguez Urraca, El papel del juez en el desarrollo del derecho en Venezuela. *Anuario del Instituto de Derecho Privado y Comparado*. Universidad de Carabobo, Facultad de Derecho. Valencia, Venezuela, 1968.

ROMERO 2001: Fabiola Romero, La norma de aplicación inmediata o necesaria. Libro homenaje a Gonzalo Parra Aranguren. Tribunal Supremo de Justicia, Fernando Parra Aranguren, Editor. Caracas, 2001.

SÁNCHEZ COVISA 1976: Joaquín Sánchez Covisa, La Vigencia Temporal de la Ley en el Ordenamiento Jurídico Venezolano. *Obra Jurídica de Joaquín Sánchez Covisa*. Ediciones de la Contraloría General de la República. Caracas, 1976.

SMITH 1966: Juan Carlos Smith, Orden Público. *Enciclopedia Jurídica Omeba,* tomo XXI. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1966.

STEIN 1999: Friedrich Stein, *El conocimiento privado del juez*. Tr. Andrés de la Oliva Santos. Ed. Temis, Bogotá, 1984.

TOSTA 2003: María Luisa Tosta, *El Derecho como prudencia*. Vadell hermanos, editores. Caracas-Valencia, 2003.

VALLET 1994: Juan Berchmans Vallet de Goytisolo, *Metodología de la Determinación del Derecho.* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

VÉSCOVI 1984: Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*. Editorial Temis Librería. Bogotá, 1984.

WACH 1977: Adolf Wach, Manual de Derecho Procesal Civil. Tr. Tomás A. Bazhaf. EJEA. Buenos Aires, 1977.

ZEISS 1999, Walter Zeiss, *El Dolo Procesal*. EJEA. Buenos Aires, 1979

ZERPA 2001: Levis Ignacio Zerpa, La Argumentación Jurídica, *Curso de Capacitación sobre Razonamiento Judicial y Argumentación Jurídica*. Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, 2001.

ZOPPI 1992: Pedro Alid Zoppi, *Soluciones a Errores en el Código de Procedimiento Civil, Segunda Parte.* Editorial Jurídica Alva. Caracas, 1992.

ZWANCK 1961: Juan Carlos Zwanck, Imperio Judicial. *Enciclopedia Jurídica Omeba,* tomo XXI. Editorial Bibliográfica Argentina. Buenos Aires, 1961.

Índice alfabético de la jurisprudencia

Índice Temático